بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الجزائر
معهد العلوم الادارية والسياسية

شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية

بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود و المسؤولية

إعداد الطالب :

أعراب بلقاسم .

تحت إشراف الدكتوره :

دليلة فركوس .

لجنة التحكيم

الاستاذ الدكتور : رئيسا
الاستاذ الدكتور : مقررا
الاستاذ الدكتور : مقررا .

84 م

تقوم مسؤولية الشخص المدنية لما يخل بالتزام قانوني يترتب عنه ضـــرر يمس غيره .

اذا كان منشأ هذا الالتزام العقد الذي كان الشخص طرفا فيه ، وصفت مسؤوليته بأنها مسؤولية عقدية ، أما اذا كان منشؤه القانون مباشرة ، وصفـت مسؤوليته بأنها مسؤولية تقصيرية .

وبهذا يكون لدينا نوعان من المسؤولية المدنية ، المسؤولية العقديـة ، والمسؤولية التقصيرية ، الأولى تتحقق حين يخل الشخص بالتزام نشأ من العقد الذي كان طرفا فيه ، كالالتزام بتسليم المبيع في عقد البيع ، والثانية تتحقق حين يخـل الشخص بالتزام غير تعاقدي نشأ من القانون؛ وهو ألا يضر بغيره ، كأن يدهـس شخص آخر بسيارته ، أو أن يتعرض شخص لآخر أجنبي عنه في عين مملوكة لهـذا الأخير .

ان هذين النوعين من المسؤولية (العقدية والتقصيرية) قد يحدث أن يكونا موضوعا لاتفاق مسبق بين الدائن والمدين يقضي بتعديل أحكامهما امـا بالتشديد ، واما بالتخفيف ، واما بالاعفاء .

والسؤال المطروح ، يتمثل في مدى صحة مثل هذا الاتفاق .

بالنسبة للاتفاق على التشديد — والذي يقصد به الاتفاق الذي يقـضي باعتبار المدين مسؤولا في الحالات التي من المفروض ألا يعتبر كذلك ، اذ أنـه يعفى منها قانونا ، وهي الحالات التي ينشأ فيها الضرر عن سبب لا يد له فيه، كحالة القوة القاهرة ، أو الحادث المفاجيء ، أو الخطأ الصادر من المضرور ، أو الخطأ الصادر من الغير (1) — فيعتبر اتفاقا صحيحا من الناحية القانونيـة ،

---

(1) المادة 127 من القانون المدني الجزائري : "اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب له يد له فيه كحادث مفاجيء ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"

سواء تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية، أو بالمسؤولية التقصيرية، دون تفرقة بينهما ، وهذا بصريح نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري [1] والمادة 178 من نفس القانون [2] .

فنصا هاتين المادتين لم يفرقا بين المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، اذ قد جاءا عامين ليشملا كلا النوعين من المسؤولية المدنية .

هذا ، ونشير أيضا الى أنه لم يثر من الناحية الفقهية أي جدال بشأنه [3] .

بالنسبة للاتفاق على التخفيف : فاذا كان يرمي الى التخفيف من أحكام المسؤولية العقدية ، فهو اتفاق صحيح من الناحية القانونية ، ذلك أن المشرع الجزائري قد أجاز الشرط الجزائي [4] ، وأجاز أيضا شرط الاعفاء من المسؤولية [5] . فمن باب أولى أن يجيز شرط التخفيف مع الاحتفاظ بامكانية الحكم بابطاله في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم ، كما هو الحال بالنسبة للشرطين السابقين (الشرط الجزائي ، وشرط الاعفاء) .

---

(1) انظر نص المادة 127 ، الهامش (1) .

(2) المادة 178 ، هذا نصها : " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة " .

(3) PLANIOL (M) et RIPERT (G): Traité pratique de droit civil français tome 6 et 7, n° 339 et 849

(4) المادة 183 من القانون المدني : " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، أو في أي اتفاق لاحق " .

(5) المادة 178 / 2 من القانون المدني : " .. وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدى " .

أما اذا كان الاتفاق على التخفيف يتعلق بالمسؤولية التقصيرية ، فهو اتفاق غير جائز قانونا ، ذلك أن الاتفاق على التخفيف من المسؤولية التقصيرية يقترب بشكل كبير من شرط الاعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل الاجرامي (أي عن المسؤولية التقصيرية) والذي أبطله المشرع الجزائري بصريح نص المادة 178 / 3 (1)

بالنسبة للاتفاق على الاعفاء من المسؤولية _ والذي يقصد به ذلك الاتفاق المبرم مسبقا بين الدائن والمدين قبل ترتب الضرر ، ويقضي بعدم مساءلة المدين في حالة ترتبه _ فيعتبر من أهم وأدق الموضوعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية ، وقد ثار بشأن مشكلة الحكم بصحته ، والآثار التي يمكن أن تترتب عنه ، جدال فقهي كبير (2) ، وينبغي أن نشير هنا الى أن هذا الجدال

---

(1) نص المادة : " ويبطل كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل الاجرامي " .

(2) MAZEAUD (H) et TUNC (A): Traité théorique et partique de responsabilité civile contractuelle et delictuelle t.3. 5eme ed. 1965 N° 2557 et S.

EDMOND NOEL (M): L'option entre la résponsabilité contractuelle et la responsabili+ delictuelle thèse 1957 P. 167 et S.

GRAND MOULIN : Nature delictuelle de la responsabilité thèse 1892 P. 65 Et 68.

LALOU (H)/ Traité de responsabilité civile 5eme ed. N° 512

_ عبد الرحمن سليم : شروط الاعفاء من المسؤولية طبقا لمعاهدات سندات الشحن 1955 ص 25 _ 26 .

لا تمتد جذوره الى الماضي السحيق (1) بل هو وليد القرن التاسع عشر بسبب ظهور الثورة الصناعية ، وقيام المشروعات الكبيرة ، وزيادة نشاط التجارة داخليا ودوليا ، فأصبحت الشركات الكبرى التي تقدم خدمات للجمهور (وهي خدمات متنوعة لم تكن موجودة من قبل وخصوصا في ميدان النقل ، حيث أصبح نقلا جويا وبحريا وبريا ودوليا) ، خوفا من ترتب المسؤولية على عاتقها كل مرة تقصر فيها في تنفيذ التزامها ، تلجأ الى ادراج هذا الشرط في أغلب عقودها ، الأمر الذي جعل المشرعون والقضاة والفقهاء يلتفتون اليه ،ويحاولون أن يجدوا حلولا له (2) .

فهناك من ذهب الى الحكم بصحته (3) اعتمادا على مبدأ سلطان الارادة والذي أصبحت قاعدته المقررة والثابتة : " اذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد (4) .

---

(1) نعم ، هذا الشرط كان معروفا في القانون الروماني ، ولكن لم يكن يتمتع بالأهمية التي يتمتع بها في الوقت الحاضر ، كما أنه لم يكن آنذاك يشكل خطرا كبيرا ، لذلك اعتمادا على مبدأ سلطان الارادة الذي يأخذ به القانون الروماني ، لم تكن مسألة الحكم بصحته تثير أي جدال فقهي .
وقد استمرت هذه النظرة الى الشرط حتى في ظل القانون الفرنسي القديم ، ولم تتبدل النظرة اليه الا في أواخر القرن التاسع عشر بسبب ظهور الثورة الصناعية وزيادة النشاط التجاري .. انظر [BOUTAUD (Elie)
Des clauses de non responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des faute thèse 1896 P. 126

(2) مازو وتنك : المرجع السابق ف 2516
ESMEIN (Paul): Clauses de non-responsabilité: revue trimestrielle de droit civile 1926 P 1 et 2.

(3) فراند مولان : الطبيعة التقصيرية للمسؤولية ص 65 و 68
لالو (هنري) : المسؤولية المدنية ف 512
مازو وتنك : المسؤولية المدنية ج 3 ف 2557

(4) العبارة للفقيه دوما : Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites.

[عن السنهوري (عبد الرزاق) شرح القانون المدني : النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ف 99 ص 100]

وعليه فكل ما ارتضاه الملتزم دَينا في ذمته يكون صحيحا وينتج أثره ، لأن التزامه انما بني على ارادته ، فلا يصح أن نقيد من أثر العقد بدعوى أن هناك غبنا لحق أحد المتعاقدين ما دام قد ارتضى هذا الغبن ، فالعامل الذي يتعاقد مع رب العمل مختارا ،حرا ، يجب أن ينفذ ما التزم به ، ولا يحتج بأن الشروط التي ارتضاها جائرة [1] .

الواقع ،ان الحكم بصحة الشرط بصورة مطلقة اعتمادا على الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الارادة ،يؤدي في الحقيقة الى نتائج غير عادلة ، ذلك أن الطرف الذي قبل الشرط ،ما كان ليقبله لولا أنه كان تحت رحمة المستفيد منه ،فهذا الأخير هو في وضع يستطيع أن يملي شروطه على الطرف الآخر الذي لا يسعه سوى قبولها .

فأمام انعدام التوازن بين الدائنين والمدينين هناك بعض الفقهاء يقولون بالتضييق وبعدم اعمال شرط الاعفاء من المسؤولية بصورة مطلقة [2] وذلك بتحديد الحالات التي يعتبر فيها صحيحا والحالات التي يعتبر فيها باطلا .

وهنا عاد الاختلاف من جديد ،فما هي الحالات التي يعتبر الشرط فيها صحيحا ،والحالات التي يعتبر فيها باطلا ؟ وهل شرط الاعفاء من المسؤولية يستطيع تغطية كل الأخطاء الشخصية أو بعضها فقط ؟ وهنا يلزم ذكر هذا البحث.

وبالنسبة لأخطاء التابعين هل يغطيها جميعا الشرط ،العمدية منها ،والغير العمدية ،أم أنه يقتصر فقط على تغطية الأخطاء اليسيرة ؟ .

هذا الاختلاف كله اذا تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية ، فما هو الحكم اذا تعلق الأمر بالمسؤولية التقصيرية ؟

---

(1)ـ السنهوري : المرجع السابق ف 99 ص 180

(2)ـ وحيد الدين سوار : مصادر الالتزام ج 1 ط 2 ف 603

ـ عبد الرحمن سليم : شروط الاعفاء من المسؤولية طبقا لمعاهدة سندات الشحن رسالة 1955 ص 25 ، 26 .

ان هذا الموضوع قد أثار أيضا بعض الجدل الفقهي ، فبينما يرى البعض [1] أن أحكام هذه المسؤولية تتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز استبعادها بواسطة الاتفاق ، يرى البعض الآخر [2] أنها لا علاقة لها به ، وبالتالي يجوز الاتفاق على استبعادها .

هذا عن الفقه ومجادلاته ، فماذا عن التشريع والقضاء ، وأقصد هنا بطبيعة الحال التشريع والقضاء الفرنسيين ؟

فقد وقفا مترددين أمام الشرط ولم يستطيعا اعطاء حل ثابت له يعتبر قاعدة عامة ، ففي بعض الحالات يجيزان الشرط مع اعطاء أثر محدود له ، وفي بعضها الآخر يبطلانه [3] .

---

(1) SOURDAT (A): Responsabilité civile 6eme ed. N° 662

ـ لالو : المسؤولية المدنية ف 510

ـ السنهوري عبد الرزاق : الوسيط في القانون المدني ج 1 ط 2 ف 653

(2) مازو وتنك المسؤولية المدنية ج 3 ف 2571

DEMOGUE (R) traité des obligations en général (Paris, Rousseau) t5 N° 1169

(3) فالتشريع الفرنسي أجاز مثلا الشرط اذا كان يرمي الى اعفاء الناقل الجوي من مسؤوليته عن مخاطر الجو ومن الأخطاء الملاحية لتابعيه (المادة 42 من قانون 31 ماي 1924 ، انظر نصها : ص 26 من هذا البحث) ، وأجازه أيضا اذا كان يرمي الى اعفاء الوكيل بالعمولة في حالة النقل البري من المسؤولية عن أفعال السائقين في حالة الهلاك والتلف (المادة 98 من القانون التجاري الفرنسي) .

هذا من جهة ومن جهة أخرى أبطله في عقود النقل البري للبضائع في حالة هلاكها أو تلفها (المادة 103 من القانون التجاري الفرنسي) ، وأبطله في عقد البيع اذا كان يرمي الى اعفاء البائع من التزامه بالضمان عن فعله الشخصي (المادة 1628 من القانون المدني الفرنسي . =

والجدير بالملاحظة أنه حتى التشريعات التي نصت في قواعدها العامة على شرط الاعفاء من المسؤولية[1] وأوضحت الحالات التي يصح فيها الشرط ، والحالات التي يبطل فيها ، قد خرجت أغلبها عما قررته في هذه القواعد من أحكام بشأن العقود التي عالجتها بقواعد خاصة ، كعقد النقل مثلا ، وعقد البيع ، وعقد المقاولة ... الخ وأوضح دليل على ذلك التشريع الجزائري (2) .

= أما القضاء فبعد أن كان لا يعترف للشرط بأي أثر قبل 1874 (انظر نقض 24 أبريل 1865 سيري 1865 ـ 1 ـ 215) أصبح ابتداء من هذه السنة يعترف له بأثر جد محدود ، يتمثل في قلب عبء الاثبات (نقض مدني 4 فبراير 1874 ـ 1 ـ 305) ، لكن ابتداء من أواخر الخمسينات من هذا القرن أصبح يعطي للشرط أثره الكامل (نقض 15 جوان 1959 د 1959 ـ 97) .

هذا من جهة ومن جهة أخرى نجده يعطي لشرط الاهمال أثره الكامل فجعله يغطي على حد سواء الأخطاء التجارية والأخطاء الملاحية ، سواء كانت يسيرة أو جسيمة ، عمدية أو غير عمدية .

(1) التشريع الجزائري والتشريع المصرى على سبيل المثال .

(2) فقد أورد في القانون المدني قاعدة عامة بشأنه (المادة 178) فصحح الشرط بالنسبة لسائر أخطاء التابعين بما في ذلك غشهم وخطئهم الجسيم ، وصححه بالنسبة للأخطاء الشخصية فقط عن اليسيرة منها دون العمدية أو الجسيمة . فهل التزم بهذه القاعدة العامة وجعلها تطبق على سائر العقود التي تناولها بقواعد خاصة ، لا ـ ففي عقد النقل مثلا يبطل كل شرط يهدف الى اعفاء الناقل اعفاء كليا أو جزئيا من مسؤوليته الناجمة عن الأضرار البدنية للمسافرين (المادة 65 من القانون التجارى) . وفي عقد النقل الجوي للأشياء ، فانه لم يجز الشرط الهادف الى الاعفاء من المسؤولية المترتبة عنه ، الا في حالتين هما : اذا كانت الخسائر ناجمة عن طبيعة الأشياء المنقولة ، أو اذا كانت الخسائر ناتجة عن عيب خاص بالأشياء (المادة 78 من القانون المتعلق بالمصالح الجوية) والأمثلة عن هذا الخروج عن القواعد العامة كثيرة .

وهكذا نرى أن هذا الموضوع شائك بعض الشيء ، ولايضاح معالمه ، وبيان مختلف اشكالياته ، ومعرفة أنواع الحلول الفقهية والقضائية (1) والتشريعية المعطاة له ، لا بد من تقسيمه الى قسمين ، أحدهما نظري ، والآخر تطبيقي .

القسم الأول : نتناول فيه النظرية العامة لشرط الاعفاء من المسؤولية ، وفيه نستعرض بعض التشريعات ، وما أوردته من قواعد عامة بشأن الشرط ، دون اغفال رأي الفقه والقضاء ومناقشتهما ومجادلاتهما .

القسم الثاني : نتناول فيه التطبيقات المختلفة للشرط ، فنستعرض في المجال التعاقدي بعض العقود ، لنرى مدى خروج التشريع الجزائري ، وكذلك التشريع المقارن عما قرراه من أحكام في القواعد العامة ، وذلك لرؤية المبررات النظرية والعملية لهذا الاختلاف ، مع عدم اغفال رأي الفقه من هذه التطبيقات . وفي المجال التقصيري نستعرض بعض الحالات التي فيها خرج القضاء الفرنسي عن قاعدته العامة المقررة بشأن شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية ، وبحث أسباب هذا الخروج .

---

(1) اقتصر فقط على القضاء الفرنسي دون القضاء الجزائري ، فهذا الأخير قد تعذر لي الحصول بشأنه على أي حكم ، ويرجع سبب ذلك الى عدم وجود قضاء منشور في بلدنا ، وهذا المشكل يصادف أي باحث في المجال القانوني .

القسم الأول

النظرية العامة لشرط الاعفاء من المسؤولية

شرط الاعفاء من المسؤولية اما أن يكون صحيحا، واما أن يكون باطلا ،وهنا يلزم البحث في الحلات التي يعتبر فيها صحيحا، والحالات التي يعتبر فيها باطلا .

ولما ننتهي من بيان كل هذه الحالات تبقى مشكلة البحث في الآثار التي تترتب عن الشرط ،اذ أن الآثار التي يرتبها القانون عن الشرط الصحيح هي غيرها التي يرتبها عن الشرط الباطل .

وقبل أن نبحث في مشكلة صحة شرط الاعفاء من المسؤولية والآثار التي تترتب عنه في حالتي الصحة أو البطلان ، لا بد لنا من تمييزه عن غيره من الشروط المشابهة له حتى لا نقع في الخلط بينه وبينها .

هذا من جهة ،ومن جهة أخرى يجب علينا أن نبرز محاسن ومساوىء الشرط، اذ أن هذا الموضوع ذو أهمية كبرى في مساعدتنا على فهم مشكلة صحة الشرط، اذ أن هذا الأخير قبل أن يصبح معترفا به قضاء ومنصوصا عليه تشريعا في بعض البلدان كالجزائر ومصر مثلا ، فقد مر بعدة مراحل تميزت بالنظر اليه بنوع من الحذر والخوف .

فوفقا لما تقدم ستكون معالجتنا للقسم الأول المخصص للنظرية العامة لشرط الاعفاء من المسؤولية في فصلين أساسين ،يسبقهما فصل تمهيدي ، وذلك على النحو التالي :

الفصل التمهيدي : تمييز شرط الاعفاء من المسؤولية عن غيره من الشروط المشابهة له مع بيان محاسنه ومساوئه .

الفصل الأول : صحة شرط الاعفاء من المسؤوليتة .

الفصل الثاني : آثار شرط الاعفاء من المسؤوليـة .

الفصـل التمهيـدي

تمـييز شرط الاعفاء من المسؤولية
عن غيره من الشروط المشابهة له مع بيان محاسنه ومساوئه

سنقوم أولا بتمييز شرط الاعفاء من المسؤولية عن غيره من الشروط المشابهة له.ثم نقوم ببيان محاسنه ومساوئه ، وذلك على النحو التالي :

I — تمييز شرط الاعفاء من المسؤولية عن غيره من الشروط المشابهة له •

II — محاسن ومساويء شرط الاعفاء من المسؤولية •

I — تمييز شرط الاعفاء من المسؤولية عن غيره من الشروط المشابهة له :

ان تمييز شرط الاعفاء من المسؤولية عن غيره من الشروط المشابهة لـه تظهر أهميته في كونه يجعلنا لا نقع في الخلط بينه وبين غيره سواء من ناحية البحث في مشكلة صحته ، أو من ناحية البحث في الآثار المترتبة عنه •

ومن بين الشروط التي قد يدق الفرق بينه وبينها ، نذكر شرط ابعاد أحد شروط قيام المسؤولية ،والتأمين على المسؤولية ، وضمان المسؤولية •

وسنقوم باظهار هذا التميز بينه وبينها وفق الترتيب التالي :

1 — تمييز شرط الاعفاء من المسؤولية عن شرط ابعاد أحد شروط قيام المسؤولية

2 — التمييز بين شرط الاعفاء من المسؤولية والتأمين على المسؤولية •

3 — التمييز بين شرط الاعفاء من المسؤولية وضمان المسؤولية •

1 - تمييز شرط الاعفاء من المسؤولية عن شرط ابعاد أحد شروط قيام المسؤولية :

أن شرط الاعفاء من المسؤولية قد يشتبه أحيانا بشرط ابعاد أحد شروط قيام المسؤولية ،كابعاد أحد الالتزامات المترتبة عن العقد، الأمر الذى أدى ببعض الفقهاء [1] الى محاولة الفصل بينهما ، وذلك بتحديد مجال كل منهما .

فشرط الاعفاء من المسؤولية هو ذلك الشرط الذي لا يقضي بعدم ترتب المسؤولية أصلا ،وانما يقضي فقط باقصائها حال ترتبها ،فلا يكون لها أي أثر أو نتيجة على عاتق المدين ، بخلاف شرط ابعاد أحد شروط قيام المسؤولية الذي هو عبارة عن شرط يعدم المسؤولية ابتداء .فلا يتركها تترتب أصلا .

وعلى هذا ففي حالة شرط الاعفاء من المسؤولية فان المدين يبقى ملزما بتنفيذ التزامه،فهو ليس له الحرية المطلقة في التنفيذ أو في عدم التنفيذ [2] ، وانما في حالة عدم استطاعته نهائيا القيام به تنتفي حينئذ مسؤوليته بينما في حالة شرط ابعاد أحد شروط قيام المسؤولية يكون المدين غير ملزم أصلا بتنفيذه فهو لم يلتزم به ابتداء، فهو يجعل هذا الالتزام كأن لم يكن .ومثال ذلك في عقد البيع الذي يشترط فيه المشتري عدم تحمله لنفقات تسلم الشيء المبيع [3] أو في عقد الايجار الذي يشترط فيه المؤجر عدم قيامه بحراسة الأماكن المؤجرة [4] .

---

(1)- H.L. MAZEAUD et A.TUNC : traité théorique et pratique de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle 6eme ed. tome 3 N° 2519 et 2520
- PLANIOL et RIPERT : traité pratique de droit civile tome 6, 2eme. ed. N° 400

(2) مازو وتنك : المسؤولية المدنية ف 2512 .

(3) المادة 395 من القانون المدني الجزائري وهذا نصها : " ان نفقات تسلم المبيع تكون على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك " .

(4)- MAZEAUD (Henri) droit civil - obligations tome 2 N°634

ان العقد ينشيء التزامات متبادلة بين طرفيه ، وهذه الالتزامات منها الأساسية والجوهرية لوجود عقد معين، ومنها الثانوية التي انعدامها لا يؤثر في وجوده لأنها اما ترجع الى الاتفاق، أو الى العرف، أو الى قواعد قانونية مكملة ، فهذه الأخيرة هي في اعتقادي الوحيدة التي يصح فيها القول بأن الاتفاق قد أبعدها. أما الأخرى فلا يمكن لأي اتفاق أن يبعدها لأنها تشكل جوهر العقد وبدونها ينعدم أصلا : وانما يجوز أن يرد بشأنها شرط الاعفاء ، لأن هذا الشرط لا يعطي له الحرية في التنفيذ أو عدم التنفيذ كما هو الحال بالنسبة للالتزامات الثانوية وانما هو مكلف بالسعي جهده لتنفيذها ، وفي حالة عدم استطاعته ذلك ، تنتفي مسؤوليته .

الواقع أن هذين الشرطين رغم هذه الفروق الظاهرية ،فهما يتشابهان جدا الى حد التطابق، اذ أنهما يؤديان في النهاية الى نفس الغاية وهي عدم تحمل المدين لنتائج عدم قيامه بالتزامه .

2 — التمييز بين شرط الاعفاء من المسؤولية والتأمين على المسؤولية :

ان شرط الاعفاء من المسؤولية والتأمين على المسؤولية يقتربان من بعضهما في كونهما يرميان الى جعل المسؤول لا يعوض المضرور عن الضرر الذي يمكن أن يحدثه له ، لكنهما يفترقان عن بعضهما من حيث طريقة الوصول الى هذه النتيجة ومن حيث مدى حصول المتضرر عن التعويض .

فمن حيث الوصول الى هذه النتيجة فانه في حالة شرط الاعفاء من المسؤولية يكون الاتفاق بين المسؤول والمضرور المحتمل ،وبموجبه يحرم هذا الأخير من الحصول على التعويض من الأول اذا ما أحدث له ضررا .بينما في التأمين على المسؤولية لا يكون الاتفاق بين المسؤول والمضرور، بل يقوم بين المسؤول وشخص آخر يعتبر من الغير وهو شخص يمتهن مهنة التأمين ، وبموجب هذا الاتفاق يتحمل المؤمن تعويض المضرور عن الضرر الذي يمكن أن يحدثه له المسؤول (المؤمن له) مقابل أقساط يدفعها له هذا الأخير .

أما من حيث مدى حصول المتضرر على التعويض فانه في حالة شرط الاعفاء من المسؤولية لا يحصل المضرور على التعويض لكونه قد نزل عن حقه فيه مسبقا ، بينما في حالة التأمين على المسؤولية فان حق المتضرر في الحصول على التعويض يبقى قائما .

وقد نظم المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 13 جويلية 1930 التأمين على المسؤولية وأجازه حتى عن الأخطاء الجسيمة للمسؤول. بينما قد اكتفى بشأن شرط الاعفاء من المسؤولية بحلول جزئية ومتفرقة حسب الأنواع التي عالجها ،الأمر الذي يصعب معه استنتاج حكم عام بشأنه .

أما المشرع الجزائري فقد عفا على كليهما في القانون المدني الجزائري ، فنص على شرط الاعفاء في المادة 178 منه، وعلى التأمين من المادة 638 الى المادة 643. كما قد أصدر قانونا خاصا بالتأمين سنة 1980 .

3 ـ التمييز بين شرط الاعفاء من المسؤولية وضمان المسؤولية :

قد يتم اتفاق بين شخصين بمقتضاه يضمن أحدهما الثاني ضد المسؤولية التي يمكن أن تترتب على عاتقه اذا ما أحدث ضررا بالغير، بمعنى أن يحل الضامن محل المسؤول في تعويض المضرور المحتمل .

ان هذا الاتفاق أشبه شيء بعقد التأمين. والخلاف البسيط بينهما يكمن في كون الأول يتم مع شخص غير محترف، بينما الثاني يتم مع محترف لمهنة التأمين ، لذا نجد كثيرا من أحكام القضاء الفرنسي تطلق على شرط ضمان المسؤولية الاتفاق المماثل للتأمين (1) .

---

(1) - PAUL/ESMEIN : Clauses de non responsabilité, revue trimestrielle de droit civile 1926 P. 343

وهو أيضا يشبه شرط الاعفاء من المسؤولية من ناحية أنه يجعل المسؤول غير ملزم بتعويض المضرور عما يمكن أن يحدثه له من ضرر. لكنه يختلف عنه من ناحية أنه يجعل المضرور يحصل على التعويض المستحق له نتيجة الضرر الذي أصابه، لا من المسؤول ولكن من الضامن المسؤول .

هناك حالة يكاد فيها شرط الاعفاء من المسؤولية يقترب من شرط ضمان المسؤولية لدرجة أنه لا يمكن ايجاد أي فارق يذكر بينهما ، وهي الحالة التي يصاب فيها بالضرر الضامن ذاته ، فهو لا يستطيع عندئذ مطالبة المسؤول بالتعويض لكونه هو ذاته ضامن له ، ففي هذه الحالة لا يحصل المضرور على التعويض ، وهي نفس النتيجة التي يؤدي اليها شرط الاعفاء من المسؤولية .

III — مساوئ ومحاسن شروط الاعفاء من المسؤولية :

ان شرط الاعفاء من المسؤولية — الذي هو عبارة عن اتفاق يشترط فيه أحد الأطراف نفي مسؤوليته نفيا كليا أمام الطرف الآخر نتيجة الضرر المحتمل احداثه له والذي بدونه يكون ملزما بتعويضه — قد تردد القضاء والفقه الفرنسيين كثيرا بشأن صحته ، وذلك لكونهما يريان أنه يشجع على الاهمال، وعلى عدم التحفظ، وعلى العمل دون تقدير لما يمكن أن يترتب من جرائه من ضرر (1) . كما أنه في أغلب الأحوال هو بمثابة شرط اذعان يفرضه القوي على الضعيف لكون هذا الأخير نتيجة احتياجه يكون مضطرا لقبوله ، فالضعيف دائما تحت رحمة القوي كما يقول الأستاذ مازو (2) ،

---

(1) — ESMEIN (PAUL) clauses de non responsabilité revue trimestrielle de droit civil 1926 P.320

— مازوتنك : المسؤولية المدنية ج 3 فقرة 2516

— ROBINO: Clauses de non-responsabilité : revue trimestérielle de droit civil 1951 P. 1

(2) — المرجع السابق فقرة 2516

فصاحب البضاعة الذي يريد نقلها من مكان الى آخر يكون مجبرا على قبول شـرط الاعفاء من المسؤولية الذي يضعه الناقل، لكونه لا يجد ناقلا آخر لاحتكار الأول لكل وسائل النقل .

- الحقيقة، وان كان لشرط الاعفاء من المسؤولية مثل هذه المساوئ ، فانه في المقابل يشجع المبادرات الفردية، تلك المبادرات التي لا يمكن ان تتم اذا كـان الشخص دائما في خوف وفي وجل من نتائج أي تصرف له وخصوصا في وقتنـا الحاضر الذي تتجه فيه أغلب التشريعات الى حماية المضرور بشكل متزايد، وذلـك بالحكم له بأكبر قدر ممكن من التعـويض (1) .

---

(1) — EDMOND NOEL : l'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité delictuelle (thè Caen 1954) éditée en 1957 (tome VI de la bibliothèque de droit privé) P. 167

الفصل الأول

صحة شرط الاعفاء من المسؤولية

يوجد نوعان من المسؤولية المدنية ـ المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، فبينما يوجد شبه اتفاق فقهي وقضائي بل وتشريعي على صحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية من ناحية المبدأ ، اذ أن هناك اختلافا بينهما من حيث الحالات التي يعتبر فيها صحيحا ، والحالات التي يعتبر فيها باطلا ـ فان هناك نظرة غير مرتاحة الى الشرط الهادف الى الاعفاء من المسؤولية التقصيرية لدرجة أن هناك تشريعات نصت صراحة على بطلانه كالتشريع الجزائري ، على النحو الذي سنفصله فيما بعد .

ولايضاح هذا الاختلاف فانه من الضروري أن أتناول مشكلة صحة الشرط بالنسبة لكل نوع من النوعين السابقين من المسؤولية المدنية في مبحث خاص على النحو التالي :

المبحث الأول : أخصصه لصحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية .

المبحث الثاني : أخصصه لصحة شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية .

المبحث الأول

صحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية

رغم التردد الكبير الموجود في القضاء الفرنسي بشأن تحديد الحالات التي يصح فيها شرط الاعفاء من المسؤولية والحالات التي لا يصح فيها ، فان هناك

شبه اجماع فقهي وتشريعي وقضائي على عدم صحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية في حالة الأخطاء الشخصية العمدية والأخطاء الشخصية الجسيمة ، وفي المقابل هناك حالات أخرى اختلف الرأي فيها ما بين مجيز للشرط بشأنها ، ومبطل له، وهي حالات الأخطاء اليسيرة وأخطاء التابعين .

لذلك فسوف نتناول هذا المبحث في فرعين :

الفرع الأول : نخصصه للحالات المتفق فيها على صحة شرط الاعفاء من المسؤولية .

الفرع الثاني : نخصصه للحالات المختلف فيها على مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية .

ولكن قبل البدء في تناول الفرعين بالبحث، لا بد لنا من فرع تمهيدي نتناول فيه مشكلة صحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية بوجه عام .

الفرع التمهيدي

مشكلة صحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية بوجه عام

لم يتوجه الاهتمام الى شرط الاعفاء من المسؤولية الا في أواخر القرن التاسع عشر حيث ابتدأ القضاء في فرنسا يعترف به ولكن ضمن نطاق محدود، وذلك باعطائه أثرا محدودا يتمثل في قلب عبء الاثبات ، ثم بدأ التشريع في فرنسا يعترف بالشرط بالنسبة لحالات محددة كاقراره مثلا بصحة الشرط اذا كان يرمي الى اعفاء الناقل الجوي من مسؤوليته عن مخاطر الجو أو من الأخطاء الملاحية لتابعيه .وفي أثناء ذلك بدأ الفقه ينشط ويحاول أن يوجد أساسا قانونيا للحكم بصحة الشرط .

هذا ، وقد أثار الحكم بصحة الشرط ذاته مشكلا يتمثل في الطريقة التي يتم بها قبوله من أحد الأطراف المتعاقدة، اذ أنه من الممكن اذا كان الشرط مطبوعا ألا

يكون على علم بتفاصيل الشرط وأبعاده، بل يتعاقد أحيانا دون أن يعلم بوجوده كما هو الحال بالنسبة لعقود النقل .

وهكذا يظهر لنا من خلال ما تقدم أنه أمامنا مشكلان أساسيان :

الأول : هو مشكلة صحة الشرط بوجه عام فقها وقضاء وتشريعا .

الثاني : هو مشكل قبول الشرط .

وعليه يجب أن نتناول هذا الفرع التمهيدي لايضاح المشكلين السابقين ومعرفة آراء الفقه والقضاء والتشريع بشأنهما ، في مطلبين :

ـ المطلب الأول : أخصصه لمشكلة صحة الشرط بوجه عام ، فقها وقضاء وتشريعا .

ـ المطلب الثاني : أخصصه لمشكلة قبول الشرط .

المطلب الأول : مشكلة صحة الشرط بوجه عام فقها وقضاء وتشريعا :

نتناول أولا مشكلة صحة الشرط فقها ، ثم ثانيا من الناحية التشريعية والقضائية

I ـ مشكلة صحة الشرط فقها :

ان أغلبية الفقه [1] تنادي بصحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية وان أهم مبدأ قانوني ارتكز عليه هو مبدأ الحرية التعاقدية ، فالتزامات الطرفين منشؤها العقد ، وبالتالي يجوز لهما استبعادها أو استبدال التزامات أخرى بها أو التخفيف منها ، لأن العقد شريعة المتعاقدين . وهذا ما نصت عليه المادة 1134 من القانون

. . . [illegible]

---

(1) ـ أدموند نوال : المرجع السابق ص 167 وما بعدها .

ـ مازو وتنك : المسؤولية المدنية فقرة 2557 وما بعدها .

SARUT: Note dans DALLOZ 1890-1-209

LALOU(H) traité de responsabilité civile 5eme ED. N° 512

من القانون المدني الفرنسي ، والمقابلة للمادة 147 من القانون المدني المصري ، والمادة 106 من القانون المدني الجزائري (1) .

وقد كانت الحرية التعاقدية من أهم الاعتبارات التي استند عليها فقهاء الرومان للقول بصحة شرط الاعفاء من المسؤولية. بل أكثر من هذا ، هناك من الفقهاء من ذهب الى اجازة شرط الاعفاء من المسؤولية عن الغش على أساس أنه لنكون بصدد غش يجب توافر عنصر الخداع ، فمثلا اذا اتفق الناقل مع الشاحن على اعفاء نفسه من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بضائع هذا الأخير ، فان هذا الشرط يعفيه من التزامه بالمحافظة على هذه البضاعة اذا ما فقدت أو تلفت ، ذلك أن فقدانها أو تلفها كان عن رضا صاحبها ، وصاحب الشيء له مطلق التصرف فيما يملك. فله أن ينزل عنه كله أو بعضه للغير ، فلا يوجد أذن أي خداع من قبل الناقل اذا ما اشترط اعفاءه من المسؤولية (2) .

أما الطرف الآخر المعارض فيرى أن الاستناد على الحرية التعاقدية لتبرير صحة شرط الاعفاء من المسؤولية اذا كان يصلح بالنسبة لبعض العقود ، وهي قليلة من الناحية العملية ، فانه لا يصلح بالنسبة لغالبية العقود ، لأن المتعاقدين لا يقفان على قدم المساواة لمناقشة شروط العقد ، فمثلا في عقد النقل يكون الشاحن الذي يملك بضائع ويريد نقلها مضطرا للخضوع لما تمليه سندات الشحن المطبوعة من شروط مجحفة بحقوقه ، فهو لا يملك مناقشتها. فاما أن يقبلها كما هي ، واما أن يمضي الى حال سبيله ، أو أن يبحث عن ناقل آخر ، وفي هذه الحالة الأخيرة

---

(1) نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري : " الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة الى من عقدها مقام القانون ولا يقيد سلطتهم في هذا المقام سوى قواعد النظام العام والآداب العامة " .

(2) GRAND MOULIN : Nature delictuelle de la responsabilité thèse 1892 page 65 et 68 .

سيصطدم بنفس الشروط،لأن كل شركات النقل تصدر عقودا مطبوعة تحتوي على شروط متشابهة،ولا تتميز الا بلون الورق المدونة عليه،أو بالصيغة،أو اللغة التي تكتب بها (1) .

والحقيقة،أنه اذا كان هناك عقود يكون فيها عنصر الاذعان متوفرا بحيث أن الطرف القوي يفرض على الطرف الضعيف شروطا لا يملك هذا الأجير الا قبولها ، فان الأمر لم يكن كذلك بالنسبة لسائر العقود، ذلك أن هناك عقودا وهي كثيرة يشترط فيها أحد الأطراف اعفاءه من المسؤولية.ورغم ذلك لا تعتبر عقود اذعان، ذلك أن مسألة الاذعان هي مسألة تقديرية متروكة للقاضي ، وحتى لو افترضنا أن العقد عقد اذعان ، فاننا في هذه الحالة نستطيع الالتجاء مثلا الى المادة 110 من القانون المدني الجزائري، ونبطل بمقتضاها الشرط اذا ما كان تعسفيا ، لكن يجب ألا يدفعنا ــ الاعتماد على الحرية التعاقدية لتبرير صحة شرط الاعفاء من المسؤولية ــ الى حد التسليم بما ذهب اليه (فرند مولان) كافي رسالته من جواز الشرط في حالة الغش،ذلك أن جوازه في هذه الحالة معناه الضرب بالنظام العام عرض الحائط.ذلك أنه يؤدي الى التشجيع على سوء النية ، كما أنه مخالف لأحكام المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 205 من القانون المدني الجزائري اللتين تبطلان الالتزام اذا ما كان معلقا على شرط ارادي محض (2) .

---

(1) عبد الرحمن سليم : شروط الاعفاء من المسؤولية طبقا لمعاهدة سندات الشحن 1955 ص 25 ، 26 .

(2) نص المادة 205 : " لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم " .

ثالثا : مشكلة صحة الشرط بوجه عام من الناحية التشريعية والقضائية :

سنتناول في نقطة أولى موقف التشريع الجزائري . ثم في نقطة ثانية، موقف التشريع والقضاء في فرنسا .

1 — موقف التشريع الجزائري :

نصت المادة 178 / 2 من القانون المدني على ما يلي : " وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط اعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه " .

يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري قد ميز بشأن مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية بين الشرط الذي يقضي بالاعفاء عن الأخطاء الشخصية، والشرط الذي يقضي بالاعفاء عن أخطاء التابعين .

فبالنسبة للأخطاء الشخصية، فالمعروف حسب المادة 124 من القانون المدني الجزائري، أن كل عمل يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بخطأ منه (1) بالتعويض . ويتمثل هذا العمل في المسؤولية العقدية في عدم تنفيذ المدين لما التزم به، وأن الشخص يبقى مسؤولا حتى يثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجيء، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من الغير .

---

(1) ان النص العربي للمادة 124 لم يشر الى عنصر الخطأ بخلاف النص الفرنسي لنفس المادة . ويترتب عن ذلك أن المسؤولية طبقا للنص العربي تقوم على أساس تحمل التبعة بينما تقوم طبقا للنص الفرنسي على أساس الخطأ .

النص العربي : كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض .

النص الفرنسي : Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

ومعنى ذلك أنه يسأل عن أخطائه اليسيرة،كما يسأل عن أخطائه الجسيمة ، المهم أن يكون هناك التزام لم يقم بتنفيذه.ولا يهم بعد ذلك أن يكون عدم التنفيذ راجعا الى خطئه اليسير،أو الى خطئه الجسيم .

قد يحدث قبل وقوع الضرر وأثناء ابرام العقد أو بعده،أن يشترط الدائن على المدين اعفاءه من أية مسؤولية تترتب عن عدم تنفيذه لما التزم به ، فما حكم هذا الشرط ؟

أجاز المشرع الجزائري مثل هذا الشرط اذا كان يرمي الى الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء اليسيرة ، لكن اذا كان يرمي الى أكثر من ذلك كأن يرمي الى الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الجسيمة أو عن الغش فقد حكم ببطلانه .

أما بالنسبة لأخطاء التابعين ، فقد أجاز له المشرع الجزائري ذلك دون قيد أو شرط ، ففي استطاعته أن يعفي نفسه طبقا للمادة 178 / 2 التي أشرنا اليها ،عن المسؤولية العقدية المترتبة عن سائر أخطاء تابعيه بما في ذلك الغش الصادر منهم وأخطائهم الجسيمة .

ان تطبيق أحكام هذه المادة على ما هي عليه تثير ملاحظتين :

الملاحظة الأولى : قد يكون الشرط شرط اذعان حيث يكون المدين مجبرا على قبوله دون مناقشة ، أفلا نستطيع أن نبطله حماية للضعيف من تعسف القوي !

الملاحظة الثانية : قد تجتمع في العمل الواحد المخالف لأحكام العقد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية ، أفلا يستطيع الدائن الرجوع الى أحكام المسؤولية التقصيرية ليتخلص من الشرط الذي يهدف أساسا الى الاعفاء فقط من المسؤولية العقدية،وذلك تطبيقا لمبدأ جواز الخيرة بين المسؤوليتين ؟

(1)

هاتان هما الملاحظتان اللتان يمكن أن يثيرهما تطبيق أحكام المادة 178 / 1 و 2 ، وفيما يلي تبسيط لهما ومحاولة لحل بعض المشاكل التي يمكن أن تثار بشأنهما :

أ ـ حالة عقود الاذعان :

ان عقد الاذعان كما هو معروف، هو ذلك العقد الذي يكون فيه القبول مجرد اذعان لما يمليه الموجب ، فالقابل أمام هذا الأخير لا يملك مناقشة ، فاما أن يبرم العقد كما وضعه الموجب دون مناقشة شروطه، واما أن ينصرف الى حال سبيله ، ولما كان هذا القابل في حاجة ماسة الى ابرام العقد معه، فلا مناص له بالتالي من قبول شروط العقد رغم ما فيها من تعسف وارهاق له .

ان مجال عقود الاذعان ينحصر دائما كما يقول الأستاذ السنهوري في الحالات التي يصدر فيها الايجاب من محتكر احتكارا فعليا أو قانونيا شيئا يعد ضروريا للمستهلك(1) ويكون موجها الى الجمهور على الدوام وعلى السواء ، ويغلب أن يكون مطبوعا(2) ، ومن الأمثلة على عقود الاذعان : عقود النقل المختلفة ، عقود العمل في الصناعات الكبرى ، عقود التأمين بأنواعها المختلفة . ويمكن أن يفسر شرط الاعفاء من المسؤولية في مثل هذه العقود بأنه شرط اذعان لأن المتعاقد الذي قبل الشرط لو كانت له الحرية التامة في مناقشته ما قبله ، فهو مفروض عليه فرضا ، أفلا يستطيع المدين المطالبة ببطلانه على أساس المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه : اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .. ؟

---

(1) السنهوري : الموجز في النظرية العامة للالتزامات فقرة 53 ص 68 .

(2) السنهوري : المرجع السابق ص 68 فقرة 53 .

انطلاقا من نص هذه المادة نرى أنه اذا كنا بصدد عقد اذعان، فان القاضي يستطيع أن يعتمد على الأحكام التي جاءت فيها ليبطل شرط الاعفاء من المسؤولية، لأن المدين ما قبله الا لكونه كان في حاجة ماسة لابرام العقد ، ولولا تلك الحاجة ما قبل ابرامه لما فيه من شروط ضارة بمصالحه(1) .

اذن استنادا الى هذه المادة يمكن أن نورد على المادة 178/ 2 والتي تجيز شرط الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية اليسيرة وعن سائر أخطاء التابعين - استثناء - يتمثل في أن للقاضي سلطة ابطال الشرط اذا رأى أن العقد المبرم قد تم عن طريق الاذعان .

ب - حالة اجتماع المسؤوليتين والخيرة بينهما :

قد يتوافر في العمل الواحد الذي يرتكبه الشخص شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية، بمعنى أنه في الوقت الذي يكون فيه العمل اخلالا بالتزام عقدي، يكون اخلالا بالتزام قانوني يتمثل في عدم الاضرار بالغير.

أفلا يستطيع المدين في مثل هذا الفرض للتخلص من شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية اللجوء الى أحكام المسؤولية التقصيرية، ويطالب الدائن بالتعويض على أساسها ؟ ذلك أن الشرط كان يرمي فقط الى الاعفاء من المسؤولية العقدية. أما المسؤولية التقصيرية فلا يمكن أن يشملها الشرط لأن نص المادة 178/ 3 واضح وصريح في ابطال كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي .

---

(1) انظر جمال الدين عوض : الوسيط في القانون البحري 1972 فقرة 419 .

تكمن الاجابة عن هذا السؤال في مدى جواز الخيرة بين المسؤوليتين ، ففي مصر حيث القضاء الوطني والمختلط ينزع الى جواز الخيرة تبقى محكمن النقض لا تبت برأي حاسم ،وان كان يبدو أنها لا تأبى أن يقوم التعويض على أساس كل من المسؤوليتين (1) .

أما في الجزائر ،فالأمر في غاية الابهام ،لأنه ليس لدينا قضاء منشور يتبين منه موقفه في أمر الخيرة بين المسؤوليتين ،وأرى أنه لا يجوز الخيرة ،لأن الشخص الواحد اما أن يكون عاقدا ،واما أن يكون من الغير، و لا يمكن أن يجمع بين الوصفين . وتبعا لهذا فان المدين لا يجوز له اللجوء الى أحكام المسؤولية التقصيرية لما يجد أن أحكام المسؤولية العقدية لا تسعفه في التخلص من الشرط .

2 — موقف التشريع والقضاء الفرنسيين من شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية بوجه عام .

اذا كان المشرع الجزائري (المادة 178 / 2) ومن قبله المشرع المصري (المادة 217)من القانون المدني) قد نصا بكل صراحة على صحة شرط الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية اليسيرة وعن سائر أخطاء التابعين ، فان الأمر لم يكن بهذا الوضوح في فرنسا لكون المشرع الفرنسي لم يعط لمشكلة صحة شرط الاعفاء من المسؤولية حلا واضحا ونهائيا ،واكتفى فقط بحلول جزئية متفرقة ،

---

(1) — نقض مصري 4 مارس سنة 1948 مجموعة عمر رقم 280 ص 553 .
— 1 يناير 1948 نقض المجموعة رقم 251 ص 513 .
— استئناف الاسكندرية 5 فبراير 1950 محاماة س 30 ص 501
(عن حسن عكوش : المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ط1ف7ص501)

فقد قرر (المشرع) بطلان هذا الشرط في بعض الفروض،كحكمه ببطلانه اذا كان يرمي في عقد البيع الى اعفاء البائع من التزامه بالضمان عن فعلـــــه الشخصي (1) وكذلك ببطلانه في عقود النقل البري للبضائع في حالة هـــــلاكها أو تلفها (2) وأيضا ببطلانه في تجديد الايجار التجاري (3) بينما أقر المشرع صحة هذا الشرط في حالات أخرى،من ذلك اقراره مثلا صحة هذا الشرط اذا كان يرمي الى اعفاء الناقل الجوي من مسؤوليته عن مخاطر الجو ومن الأخطاء الملاحية لتابعيه،وهذا سواء في حالة نقل الركاب أو في حالة نقل البضائع (4) .

---

(1) المادة 1628 من القانون المدني الفرنسي : " quoi'qu'il soit dit que le vendeur ne sera soum is à aucune garantie, il demeure cependant tenu de ce qui resulte d'un fait qui lui est personnel, toute convention contraire est nulle.

(2) المادة 103 من القانون التجاري الفرنسي : " le voiturier est garant de la perte des objets à transporter hors lescas de la force majeure.

Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure

ـ الفقرة التي أضافها قانون رابيه الصادر في 17 مارس 1905 الى المادة 103 هي :

" Toute clause contraire inserée dans toute lettre de voiture on autre pièce quelconque est nulle

(3) قانون رقم 71ـ 586 د . 16 جويلية 1971 : " sont nulles et de nul effet qu'elle qu'on soit la forme , les clauses, stipulation et arrangement , qui pour effet de faire échec au droit de renouvellement institué par le present decret ou par les dispositions des articles 3 - I - 24 à 28 , 34 à 37 - 7 (al 1)

(4) المادة 42 من قانون 31 ماي 1924 : " le transporteur peut, par une clause expresse s'exonerer de la responsabilité qui lui incombe, à raison des risques de l'air et des fautes commises par toute personne employée à bord dans la conduite de l'appareil ,qu'il s'agissait de voyageurs ou des marchandises

وكذلك ما قرره من صحة الشرط اذا كان يرمي الى اعفاء الوكيل بالعمولة في حالة النقل البري من المسؤولية عن أفعال السائقين في حالة الهلاك أو التلف (1) .

وقد أدت هذه النظرة الجزئية والغير الفاصلة في موضوع شرط الاعفاء من المسؤولية بالقضاء الى محاولة ايجاد بعض الحلول له دون الاعتماد على النصوص التشريعية ، الأمر الذي أدى به كما يقول الأستاذ مازو الى وضع حلول أغلبها مجزأة ومختلفة تبعا للأنواع المختلفة من القضايا المعروضة عليه (2) .

فقد ظلت محكمة النقض الفرنسية طيلة نصف القرن التاسع عشر تبطل بطلانا مطلقا شرط الاعفاء من المسؤولية،ولا تريد أن تعترف له بأي أثر (3) . لكن ابتداء من سنة 1874،قد ظهر اتجاه جديد في أحكامها،حيث نجدها في حكم صدر في 4 فبراير 1874 تقرر أن شرط الاعفاء من المسؤولية ليس من آثاره اعفاء المدين من أخطائه الشخصية،أو من أخطاء تابعيه،بل من آثاره خلافا للقواعد العامة قلب عبء الاثبات،وجعله على عاتق الدائن (4) .

وقد تتابعت على هذا المنوال الأحكام القضائية الفرنسية وكلها اقتصرت على اعطاء شرط الاعفاء من المسؤولية نفس الأثر والمتمثل في قلب عبء الاثبات ومعنى

---

(1) المادة 98 من القانون التجاري الفرنسي : "Il est garant des avaries ou pertes de marchandises et effets,s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture ou force majeure ".

(2) مازو وتنك : المسؤولية المدنية الجزء 3 فقرة 2518 .

(3) نقض 26 جوان 1859 د 1859 . 1 ـ 66 : Les compagnies de chemin de fer ne peuvent stipuler la non garantie des avaries survenues en cours de voyage aux marchandises trasportées qu'un cas d'emballage defectueux par suite cette clause de non-garanti est nulle,lorsqu'il n'est point constaté que les marchandises se trouvaient dans de mauvaises conditions d'emballage "

ـ في نفس الاتجاه نقض 24 أبريل 1865 . سيري 1865 ـ 1 ـ 215 .

(4) نقض مدني 4 فبراير 1874 ـ د ـ 1 ـ 305 : (شرط الاعفاء) Cette disposition =

ذلك، أن الشرط لا يعفي المدين من أخطائه اليسيرة، طالما أن الدائن في استطاعته اثباتها [1]. وهكذا بهذه الطريقة استطاعت محكمة النقض أن تبعد الشرط، وتجعله بدون أثر .

غير أن الأمر لم يستمر على هذه الحال فقد ظهر اتجاه آخر لها في أوائل الخمسينات من هذا القرن وأصبحت تعطي للشرط أثره الكامل اذ قد جعلته يعفي المستفيد منه من مسؤوليته عن سائر أخطائه باستثناء ما ينشأ عن أخطائه العمدية أو الجسيمة [2] .

المطلب الثاني : مشكلة قبول الشرط :

ما دام أن شرط الاعفاء من المسؤولية اتفاق ما بين الدائن والمدين، فانه ككل اتفاق آخر يتطلب فيه رضا الطرفين عنه ، لكن هذا الأمر ليس بالهين بالنسبة للشرط. فقد أثارت مسألة قبوله عدة تساؤلات، جعلت القضاء يقف بشأنها مترددا .

---

(1) نقض 9 نوفمبر 1915 د 1921 ـ 1 ـ 23 وقد جاء فيه : "La clause par laquelle un dépositaire s'exonere de toute résponsabilité , à raison des accidents qui surviendraient aux marchandises déposés dans ses magasins ,,oblige le déposant à faire la preuve d'une faute comise par le dépositaire ou par ses agents "

ـ في نفس الاتجاه : نقض 19 ـ 12 ـ 1923 قازت دي باليه 1924 ـ 1 ـ 256 .

(2) ـ نقض 15 جوان 1959 دالوز 1960 ـ 97 : Seul le dol ou faute lourde de la partie qui invoque ,pour se soustraire à son obli- obligation , une clause de non résponsabilité insérée au contract et accepté par l'autre partie, peuvent faire echec à l'application de ladite clause;))

n'a pas pour effet d'affranchir la compagnie de chemin de fer de toute responsabilité pour les fautes comises par elle, mais elle a pour effet de mettre la preuve à la charge des expéditeurs =

وأولى هذه التساؤلات : هل يكفي مجرد القبول لكي ينتج الشرط أثره، أم أنه يجب العلم بكل تفصيلاته، وبكل ما يمكن أن يترتب عنه ؟

وثاني هذه التساؤلات : هل يكفي اعلام المدين بالشرط، أم أنه يجب أن يكون قد قبله فعلا ؟

وثالث هذه التساؤلات : هل يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية بعد تكوين العقد ؟ .

وسنقوم الآن ببحث هذه التساؤلات تساؤلا بعد تساؤل .

ـ التساؤل الأول : هل يكفي مجرد القبول للشرط، أم أنه يجب العلم بكل تفصيلاته، وبكل ما يمكن أن يترتب عنه .

فقد جاء في حكم لمحكمة كولمار بشأن مسؤولية الموثقين، بأنه كي يكون الشرط الذي يضعه الموثق منتجا لكل آثاره، يجب أن يكون الموقع على التصريح (تصريح الاعفاء) قد أوضحت له الأبعاد الحقيقية لما يمكن أن ينتج عنه من أضرار، وقد أرجعت ذلك الى كون العبارات القانونية غير مألوفة لديه مما يجعله في جهل تام عن كل ما يترتب عن الشرط من آثار (1) .

---

(1) كولمار 5 أبريل 1938 قازت دي باليه 1938 ـ 2 ـ 34 :

POUR qu'une déclaration ;
exoneration de la responsabilité du notaire puisse être considérée comme dechar-
-ge..ent
un notaire detout reproche, encore faut-il que le signataire de cette declaration ait eté
prealablement eclairé sur l'étendu des consequences dommageables pouvant décou -
ler pour lui du fait de la convention ,et cette déclaration de l'exoneration est
inoperante lorsque .. inserée d'ailleurs de la main du notaire parmi diverses

ان الذي يظهر من هذا الحكم أن العلم بكل ما يمكن أن يترتب من آثار على الشرط ليس عاما يطبق على سائر أنواع العقود بل هو خاص فقط بتلك الأنواع النادرة من الناحية العملية والغير المألوفة من طرف كل الأشخاص .

أما ما عداها من العقود فان مجرد قبول الشخص للشرط كاف لجعله ينتج كل آثاره ، ومثالها عقود النقل ، فالشروط الرامية الى اعفاء الناقلين من المسؤولية هي شروط لا تتطلب أن يكون الركاب على علم بما يمكن أن يترتب عنها من أضرار لهم ، وذلك لألفة مثل هذه الشروط في سائر أنواع النقل ولا يمكن أبدا الادعاء بجهلها ، لذلك فهي تنتج أثرها الكامل بمجرد القبول .

التساؤل الثاني : هل يكفي اعلام المدين بالشرط أم أنه يكون قد قبله فعلا ؟

ان ابلاغ المدين بالشرط لا يكفي وحده ، فقد جاء في حكم لمحكمة استئناف ليون أن البنك لا يمكن أن يحتج على أحد المتعاملين معه بشرط الاعفاء من المسؤولية الا اذا كان على علم به وقد قبله فعلا وأن اثبات ذلك لا بد منه (1) .

ان ما ذهبت اليه محكمة استئناف ليون منطقي جدا ، وذلك لما في شرط الاعفاء من المسؤولية من ضرر محتمل للمدين ، فهذا الأخير ممكن أن يحدث له ضرر ، ولا يحصل على أي تعويض ، فحماية له لا بد من التشديد بشأن مدى قبوله لهذا الشرط ، فلا ينتج أثره الا في الحالة التي يكون فيها المدين قد قبله فعلا .

---

stipulations, son signataire, nullement familiarisé avec la terminologie Juridique na pas été à même , en fait de se rendre compte de ses conséqences dont il lui échappait forcement , dans son expérience , qu'elles etaient originairement et éssentiellement imputables aux manquement professionnels de l'officier public =

(1) استئناف ليون 4 جوان 1945 ق . ب 1945 — 2 — 75 : " Une banqye ne peut opposer à son client , qui a déposer des titres , une clause d'irresponsabilité que si celle-ci a été portée à sa connaissanceet s'il l'a effectivement acceptée , la preuve de se consentement doit être rapportée de façon certaine

التساؤل الثالث : هل يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية بعد تكوين العقد :

ذهب بعض الفقهاء الى القول بعدم جواز ابلاغ المدين بالشرط بعد تكوين العقد، بل يجب أن يكون ذلك مصاحبا لتكوينه ، وحجتهم في ذلك أن الشرط يعتبر من بنود العقد ،وأن ابلاغه للمدين بعد انعقاده يعتبر متأخرا (1) .

تعرض الأستاذ مازو لهذا الرأي بالنقد ،وقال ان ابلاغ المدين بالشرط بعد تكوين العقد كاف وحده لأن يجعله ينتج أثره اذا كان هناك رضا بشأنه بين المتعاقدين ، ذلك أنهما دائما أحرار في تعديل شروط العقد تطبيقا لمبدأ سلطان الارادة (2) ،وهذا هو الرأي الذي يبدو في نظري صوابا ،لأن منشأ العقد هو التقاء الارادتين ،ومن ثم فلهما الحرية التامة في تعديل بنوده ،ذلك أن وجود العقد من عدمه ،رهن هاتين الارادتين .

الفرع الأول

الحالتان المتفق بشأنهما
على عدم صحة شرط الاعفاء من المسؤولية

يكاد يكون هناك شبه اجماع على ابطال شرط الاعفاء من المسؤولية في حالة الغش،وحالة الخطأ الجسيم ،وسوف أتناول كل حالة بالتفصيل :

- المطلب الأول : أخصصه للغش .
- المطلب الثاني : أخصصه للخطأ الجسيم .

(1) DELOGUE : obligations tome_5 N° 1281.

(2) مازو وتنك : المسؤولية المدنية فقرة 2557 .

المطلب الأول : الغـــــش :

يعتبر الغش من بين الحالات المتفق عليها ،قضاء وفقها وتشريعا ،على ابطال الشرط الرامي الى الاعفاء منه .

وقبل التعرض الى موقف كل من التشريع والفقه والقضاء ،وبيان الأسبـــاب المرتكز عليها لابطال هذا الشرط ،لا بد لنا من ايجاد معيار للغش ،وذلك لتمييـزه عن غيره من الأخطاء المشابهة له ،حتى نتمكن من ترتيب الآثار القانونية الخاصة به. زد على ذلك أن هذا المعيار يمكننا من التمييز بين الغش في المسؤولية العقدية والغش في المسؤولية التقصيرية ، وعليه فاننا سنعالج هذا المطلب في نقطتيــــن أساسيتين :

ـ النقطة الأولى :أخصصها لمعيار الغش

ـ النقطة الثانية :أخصصها لموقف كل من التشريع والقضاء والفقه مـــن الشـــرط .

I ـ معيـــار الغـــش :

يقصد بالغش أو الخطأ العمد ،ذلك الخطأ الذي يتمثل في انصراف الارادة الى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع ،فضلا عن انصرافها الى احداث الضرر (1) .

نستنتج من هذا التعريف للغش أنه كي نكون بصدد غش أو خطأ عمـــد ، يجب أن تكون الارادة قد انصرفت الى احداث الضرر أو الأذى .ولا يهم بعد ذلك أن يكون مرتكب الفعل قد قصد جني مصلحة خاصة به أم قصد الأذى من أجـــل الأذى (2) ،وعلى ذلك يمكن أن نقول بأنه من أجل أن نكون بصدد غش أو خطأ عمد ، يجب أن تتوافر ثلاثة عناصر :

---

(1) ابراهيم الدسوقي : تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ف 187 .
(2) وحيد الدين سوار: مصادر الالتزام ج 1 ط 2 فقرة 681 .

- العنصر الأول : انصراف الارادة الى ارتكاب الفعل الضار .
- العنصر الثاني : أن يكون الفعل الضار غير مشروع .
- العنصر الثالث : أن يكون الفعل يقصد به الاضرار بالغير .

وفيما يلي نشرح كل عنصر بايجاز .

العنصر الأول : انصراف الارادة الى ارتكاب الفعل الضار :

يعني هذا العنصر أن تكون الارادة واعية ويقظة وعلى علم بما تقدم عليه . أما اذا كان العكس بأن تم الفعل في غفلة منها ،كالسهو أو النسيان مثلا فاننا لا نكون بصدد غش أو خطأ عمد .

العنصر الثاني : أن يكون الفعل الضار غير مشروع :

هذا العنصر ذو أهمية كبرى، ذلك أنه لا يعتبر كل عمل يحدث ضررا بالغير أو يقصد به فاعله مجرد الضرر - غشا - ذلك أن هناك حالات يكون فيها الفعل مشروعا مشروعا رغم أنه قد يحدث ضررا بالغير ومرتكبه على علم بذلك، كأن يفتح تاجر محلا تجاريا قصد منافسة تاجر آخر منافسة مشروعة، فيجلب الى عمله معظم عملاء هذا الأخير، مما يؤدي الى الحاق أضرار بالغة به وربما حتى الى افلاسه .

العنصر الثالث : أن يكون الفعل يقصد به الاضرار بالغير :

اذا لم يقصد مرتكب الفعل الحاق الضرر بالغير، بمعنى أنه لم يكن ذلك في نيته أصلا، فانه لا يعتبر خطؤه خطأ عمديا حتى ولو تعمد الشخص الفعل ،

(1) وحيد الدين سوار : : مصادر الالتزام ج 1 ط 2 ف 681 .
- الدسوقي : المرجع السابق ف 188
- LALOU (Henri) :La gamme des fautes Dalloz 1940 p 18.

مثلا شخص يقود سيارة بسرعة كبيرة عن عمد لا نعتبره ارتكب خطأ عمدا اذا ما أصاب نتيجة ذلك شخصا آخر طالما أنه لم يقصد ذلك [1] .

والجدير بالملاحظة هنا أن هذا العنصر الثالث ذو أهمية كبرى لكونه يمكننا من التمييز بين الغش في المسؤولية العقدية والغش في المسؤولية التقصيرية .

فالغش في المسؤولية التقصيرية لا يتحقق الا اذا كان مرتكب الفعل الضار قد قصد به الحاق الضرر بالغير ، ولا يكفي في ذلك أن يكون قد توقعه بل يجب أن يكون قد أراده [2] بينما الأمر لا يكون على هذه الصورة بشأن المسؤولية العقدية ، حيث ان الغش فيها يتحقق حتى ولو لم تكن هناك نية احداث الضرر فيكفي أن يكون الفعل قد صدر عن ارادة واختيار [3] وتمثل في عدم تنفيذ الالتزام أو كان من شأنه أن يقع عقبة أمام تنفيذ العقد .

II موقف كل من التشريع والفقه والقضاء من شرط الاعفاء من المسؤولية عن الغش

سأبين أولا موقف التشريع الجزائري والتشريع المقارن ، ثم موقف الفقه ، وأخيرا موقف القضاء ، وأقصد به القضاء الفرنسي وذلك على النحو التالي :

1 ـ موقف التشريع الجزائري والتشريع المقارن من شرط الاعفاء عن الغش

2 ـ موقف الفقه من شرط الاعفاء عن الغش .

3 ـ موقف القضاء الفرنسي من شرط الاعفاء عن الغش .

---

(1) ـ الدسوقي (ابراهيم) : المرجع السابق ص 360 ف 188 .

(2) ـ مازو : القانون المدني ج 2 ف 446 .
ـ وحيد الدين سوار : المرجع السابق ج 1 ف 682 .

(3) ـ وحيد الدين سوار : المرجع السابق ج 1 ف 682 .
ـ مازو : المرجع السابق ج 2 ف 635 هامش 2 .

1 ـ موقف التشريع من شرط الاعفاء من المسؤولية عن الغش :

نصت كثير من التشريعات صراحة على عدم جواز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية في حالة الغش، نذكر من هذه التشريعات :

ـ التشريع الجزائري في المادة 4/178 من القانون المدني [1] .

ـ التشريع المصري في المادة 217 من القانون المدني .

ـ التشريع الصيني في المادة 222 من القانون المدني .

ـ التشريع الألماني في المادة 276 من القانون المدني، فقد أجاز شرط الاعفاء من المسؤولية عن سائر الأخطاء التي يوجد فيها ما أسماه بعنصر VORSATZ وهذه العبارة يمكن ترجمتها بصفة علمية بلفظ الغش .

ـ مشروع التقنين الايطالي الفرنسي للالتزامات والعقود في المادة 105 حيث لا يجيز للدائن أن يعفي نفسه من نتائج غشه أو خطئه الجسيم .

أما المشروع الفرنسي فكما سبق أن أشرنا اليه [2]، فانه لم يورد في تقنينه المدني نصا يتبين منه موقفه من شرط الاعفاء من المسؤولية بوجه عام. فقد اكتفى بحلول جزئية لبعض العقود التي عالجها. وفيما عداها ترك الأمر للقضاء .

2 ـ موقف الفقه من شرط الاعفاء من المسؤولية عن الغش :

يكاد يكون هناك اتفاق فقهي[3] عام على عدم صحة شرط الاعفاء من المسؤولية عن الأفعال الشخصية في حالة الخطأ العمد، أو ما نسميه بالغش .

---

(1) : " وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا ما ينشأ عن غشه " .

(2) ارجع الى ص 25 .

(3) ـ مازو وتنك : المسؤولية المدنية ج 3 ف 2552 .

— CARBONNER (J): Droit civil tome 2 N° 161 p 53 p et 542

ـ بلانيول وريبر : القانون المدني ج 7 ف 85

— SAVATIER (R) : Responsabilité civile tome 2 N° 680

ـ وحيد الدين سوار : المرجع السابق ف 550 .

وقد علل الفقه ذلك بقوله، ان جواز الاعفاء من المسوءولية عن الغش معناه تشجيع المدين عن الاخلال بالتزامه دون خشية الجزاء. وهذا مخالف للنظام العام.(1) أضف الى ذلك أن الحكم بصحته معناه ترك المدين حرا في تنفيذ التزامه، فان شاء نفذه، وان شاء لم ينفذه، وهذا يعني تعليق تنفيذ الالتزام على شرط ارادي محض، وهذا ممنوع قانونا حيث نجد المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي تبطل أي التزام يكون معلقا على شرط ارادي محض (2).

3 — موقف القضاء الفرنسي من شرط الاعفاء من المسوءولية عن الغش :

ان القضاء الفرنسي تحت تأثير الفقه يذهب الى عدم جواز شرط الاعفاء من المسوءولية عن الغش (3).

والجدير بالذكر أن هذا القضاء كان ينظر عموما بغير ارتياح الى شرط الاعفاء من المسوءولية، سواء أكان يرمي الى الاعفاء عن الأخطاء اليسيرة أو الغير اليسيرة، كأن يرمي الى الاعفاء عن الأخطاء الجسيمة ولا أدل على ذلك من موقفه من أثر الشرط اذ جعله ينحصر فقط في قلب عبء الاثبات.

---

(1) وحيد الدين سوار : المرجع السابق ف 550

(2) ان المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي تقابلها في الجزائر المادة 205 من القانون المدني وقد جاء فيها : " لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم ".

(3) نقض مدني 3 ماي 1932 قازيت دي باليه 1932 — 2 — 192 : Une clause de non garantie ne saurait exonerer le vendeur de toute responsabilité à raison du dol qui lui serait imputé.

— في نفس الاتجاه :

— نقض مدني 27 نوفمبر 1934 ق.ب. 1935 — 1 — 6

— نقض مدني 30 ديسمبر 1936 دالوز 1937 — 205

— نقض مدني 15 أكتوبر 1940 ق.ب. 1940 — 2 — 278

— نقض مدني 10 فبراير 1966 ق.ب. فهرس 1966 — 1970

وقد استمر في السير على هذا الاتجاه مدة طويلة من الزمن ، وقد علل القضاء الفرنسي حكمه ببطلان شرط الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية في حالة الغش بقوله،أن الحكم بصحته يعني تعليق الالتزام على شرط ارادي محض ، والذي منعته المادة 1174 من القانون المدني ، وقد أشرنا الى ذلك ، بالاضافة الى كونه يفتح الباب على مصراعيه لمخالفة النظام العام، الأمر الذي يؤدي الى التشجيع على سوء النية .

المطلب الثاني : الخطأ الجسيم :

يجدر بنا ـ قبل تناول موقف التشريع والقضاء والفقه من الخطأ الجسيم في حالة شرط الاعفاء من المسؤولية ـ أن نفصل في مشكلة ذات أهمية كبرى وقد ثار بشأنها جدال فقهي وقضائي كبير وهي متى يعتبر الخطأ خطأ جسيما حتى تترتب عليه الآثار القانونية الخاصة به .

وبناء على ما تقدم ستكون معالجتنا لهذا المطلب كالتالي :

I ـ معيار الخطأ الجسيم .

II ـ موقف كل من التشريع والفقه والقضاء من شرط الاعفاء من المسؤولية عن الخطأ الجسيم .

I ـ معيار الخطأ الجسيم :

سنتناول في نقطة أولى : المعايير المختلفة والنقد الموجه اليها . وفي نقطة ثانية مدى صحة الآراء التي تلحق بعض الأخطاء الموصوفة بالخطأ الجسيم، وهي الأخطاء المهنية والأخطاء المكتسبة والأخطاء الجنائية .

1 _ المعايير المختلفة للخطأ الجسيم :

اتجهت بعض المحاكم الفرنسية الى الأخذ بمعيار ذاتي يتمثل في الاعتداد بالظروف الشخصية أو الذاتية لمرتكب الخطأ ، فالمدين مثلا في حالة شرط الاعفاء من المسؤولية يكون قد ارتكب خطأ جسيما اذا تصرف محتميا بهذا الشرط بما يخالف عنايته المعتادة (1) .

لم يسلم هذا المعيار الذاتي من النقد، لكونه يؤدي الى نتائج غير عادلة . فقد يستطيع المهمل في شؤون نفسه أن يفلت من وصف خطئه بالجسامة، بينما لا يستطيع ذلك المعتني بشؤونه رغم أنه قد يكون خطؤه أقل من خطأ الأول من حيث وجوب الحذر، لا لشيء الا لأن هذا الأخير معتني أشد العناية بشؤونه ، ومن ثم يحاسب وفق هذه العناية. فأدنى خطأ يصدر منه يمكن أن يحاسب عليه وهذا على خلاف المهمل في شؤونه الخاصة ، فحتى نعتبر أن هناك خطأ صدر منه، يجب أن يكون هذا الخطأ على درجة كبيرة من الجسامة. وهكذا يعامل المدين الشديد الحرص في شؤونه الخاصة طبقا لهذا المعيار معاملة أشد قسوة من معاملة المهمل، الأمر الذي يؤدي في النهاية الى التشجيع على الاهمال ، ذلك أنه ما يعتبر خطأ يسيرا عند شخص يعتبر خطأ جسيما بالنسبة للآخر (2) .

---

(1) ابراهيم الدسوقي : المرجع السابق، ص 379 فقرة 197

ROBLOT : De la faute lourde en droit privé français Revue trimestrielle de droit civil 1943 p 17 N° 19.

_ نقض مدني فرنسي 5 يناير 1961 دلوز 1961 _ 341

(2) _ جوسران : تعليق على نقض مدني 29 يونيو 1932 دالوز 1932 _ 1 _ 49

_ روبلو : المرجع السابق ص 17 فقرة 19 .

نتيجة لهذا النقد اتجه رأي آخر وهو الغالب الى الأخذ بالمعيار المجرد الذي يقضي بأننا نكون بصدد خطأ جسيم اذا ابتعد مرتكبه كثيرا عن المسلك الذي نتوقعه من الرجل المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية للمسؤول ،وينتمي الى نفس مهنته [1] ،ومعنى ذلك أن الخطأ الجسيم يتميز عن الخطأ اليسير بالجسامة . وللتعرف على هذه الجسامة ذهب أصحاب هذا الرأي الى القول بأن هذا الرجل المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية كان يجب عليه أن يتصور مدى الانحراف في مسلكه ،وكذلك النتائج الضارة لفعله ،كأمر مؤكد أو قريب الاحتمال .

وعلى ذلك يعتبر الخطأ جسيما اذا لم يهتم مرتكبه بالاحتمال الكبير للنتائج الضارة التي يمكن أن تلحق بالغير نتيجة لفعله ،فكلما زاد مدى توقع الضرر كلما زادت درجة جسامة الخطأ [2] ،ومن الأمثلة على ذلك أنه في حالة نقل البضائع القابلة للتلف ،فان التأخير في نقلها يعتبر خطأ جسيما من الناقل ،ذلك أنه يعرف أن ذلك التأخير سوف يسبب تلفها ،رغم أن هذا التأخير قد يكون في حـــالات أخرى خطأ يسيرا [3] ،أو وضع بآلات النسيج الى جانب براميل الزيت [4] ، أو وضع تحت سقيفة — دون حراسة — بضائع ثمينة مما يعرضها للضياع [5] ،أو اهمال شركة الطيران وضع خطة — مقدما — لطياريها للهبوط في المطارات فـــي

---

(1) — بلانيول وريبير : المرجع السابق ج 6 فقرة 279 مكرر
— روبلو : المرجع السابق 1943 فقرة 20 ص 17
— الدسوقي : المرجع السابق ص 381 فقرة 197
(2) — الدسوقي : المرجع السابق ص 381 فقرة 197
(3) — نقض مدني 19 نوفمبر 1923 ق . ب 1924 — 1 — 119
(4) — نقض مدني 24 أبريل 1928 قازيت دي باليه 1928 — 2 — 214
(5) — محكمة اكس الفرنسية 3 نوفمبر 1928 قازيت دي باليه 1928 — 2 — 957

في حالة تعذر الرؤية مع احتمال وقوع حوادث للطائرة من جراء هذا القصور (1) .

2 ـ الأخطاء الموصوفة ومدى اعتبارها جسيمة :

أ ـ الأخطاء المهنية :

يرفض الأستاذ مازو الاتجاه (2) الذي يذهب الى القول بأن كل خطأ مهني مهني يعتبر خطأ جسيما، وبالتالي كل اتفاق يرمي الى الاعفاء منه يعد اتفاقا باطلا.

ويرى أنه مهما كانت الرغبة الشرعية في حماية الغير المهني من المهني، فيجب أن نعترف بأن للأخطاء المهنية درجات في الخطورة والجسامة، كما لسائر الأخطاء. فبعضها يسير والبعض الآخر جسيم .

وعلى ذلك يجب ألا نبطل الشرط الذي يرمي الى الاعفاء من المسؤولية العقدية لا لشيء الا لأنه يرمي الى الاعفاء من الخطأ المهني ، ذلك أن هذا الأخير كما قد يكون يسيرا يكون جسيما ، فاذا كان يسيرا نحكم بصحته والا نحكم ببطلانه .

ب ـ الأخطاء المكسبة :

قد تحقق بعض الأخطاء لصاحبها مكسبا، فهل نعتبرها على أساس ذلك أخطاء جسيمة، وبالتالي نبطل الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية المترتبة عنها .

يرى الأستاذ مازو أنه لا يوجد أي مبرر لاعتبار الأخطاء المكسبة أخطاء

(1) ـ نقض مدني مصري 25 يونيو 1964 مجموعة أحكام النقض المدني السنة 15 135 ـ ص 868 (محسن الدسوقي المرجع السابق ص 394 هامش 1)

- HENRI LALOU : Responsabilité civile N° 531

-(LE TOURNEAU) : Responsabilité civile 2° ed 1976 N° 288

(2) ـ مازو وتنك : المسؤولية المدنية ج 3 فقرة 2524

جسيمة لا لشيء الا لكونها قد حققت لصاحبها مكسبا ، ذلك أنه توجد أخطاء نعتبرها يسيرة، ورغم ذلك تحقق لمرتكبها مكسبا أكبر ، بينما قد توجد أخرى نعتبرها جسيمة، ولكنها لا تحقق أي مكسب (1) .

لذلك يبقى الشرط الرامي الى الاعفاء منها صحيحا ما بقى الخطأ يسيرا .

ج ـ الأخطاء الجنائيـــة :

ان الأخطاء الجنائية لا تعتبر دائما أخطاء جسيمة ذلك أنه كما في سائر الأخطاء، منها ما هو عمدي، وما هو غير عمدي، وبالتالي قد جانب الصواب الرأي (2) الذي يذهب الى الحاق الأخطاء الجنائية بالأخطاء العمدية أو الجسيمة ليتوصل الى ابطال شرط الاعفاء من المسوئولية (3) .

II ـ موقف كل من التشريع والفقه والقضاء من شرط الاعفاء عن الخطأ الجسيم:

سأبدأ ببيان موقف التشريع الجزائري والتشريع المقارن، ثم موقف الفقه، وأخيرا موقف القضاء الفرنسي، وذلك علي النحو التالي :

1 ـ موقف التشريع من شرط الاعفاء من المسوئولية عن الخطأ الجسيم

2 ـ موقف الفقه من شرط الاعفاء من المسوئولية عن الخطأ الجسيم

3 ـ موقف القضاء الفرنسي من شرط الاعفاء من المسوئولية عن الخطأ الجسيم .

(1) مازو وتنك : المسوئولية المدنية فقرة 2524

(2) لالو : المرجع السابق ف 527

ـ فيليب لتورنو : المسوئولية المدنية ف 286.

(3) هناك أخطاء جنائية تمس جسم الانسان، فهذه تجعل شرط الاعفاء باطلا لأن جسم الانسان وسلامته لا يجب أن يكونا موضوع اتفاق .

1 ـ موقف التشريع من شرط الاعفاء من المسؤولية عن الخطأ الجسيم :

ليس التشريع الجزائري (المادة 178 / 2) هو التشريع الوحيد الذي حكم ببطلان شرط الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية في حالة الخطأ الجسيم ، بل هناك تشريعات كثيرة قد سلكت هذا السبيل وأبطلت الشرط الرامي الى الاعفاء عن الأخطاء الشخصية الجسيمة . نذكر من هذه التشريعات :

- التشريع المصري في المادة 217 من القانون المدني .
- التشريع السوري في المادة 218 / 2 من القانون المدني .
- المشروع الفرنسي الايطالي للالتزامات والعقود (المادة 105) .
- القانون الصيني المادة 100 من القانون المدني .
- التشريع السويسري في المادة 100 من قانون الالتزامات .

ان التشريع الألماني على خلاف التشريعات الآنفة الذكر لم يمنع شرط الاعفاء من المسؤولية الا في حالة الخطأ العمد (1) وبمفهوم المخالفة فقد أباحه فيما عدا ذلك ، فيكون الشرط تبعا لذلك صحيحا اذا كان يرمي الى الاعفاء عن الأخطاء الجسيمة .

2 ـ موقف الفقه من الشرط الرامي الى الاعفاء عن الخطأ الجسيم في حالة الأفعال الشخصية .

في فرنسا ، نظرا لانعدام وجود نص قانوني يفصل في موضوع شرط الاعفاء من المسؤولية بصفة نهائية (2) ، ونظرا لعدم امكانية تطبيق فكرة النظام العام (3) ، والشرط الارادي المحض عن الخطأ الجسيم (4) ، بدأ الفقه يبحث عن أساس جديد

(1) ـ ارجع الى ص 35
(2) ـ ارجع الى ص 25 و 26
(3) ـ انظر ص 36
(4) ـ انظر ص 37

يبرر به رفضه لشرط الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية الجسيمة ،فقال أن الخطأ الجسيم يساوى الغش ومن ثم يجب أن نطبق عليه ما طبقناه على الغش من أحكام، ذلك أن الخطأ الجسيم يعتبر خطأ فظا غليظا لا يرتكبه أكثر الناس اهمالا أو غباوة، بصرف النظر عن كونه مقصودا أو غير مقصود ،عمدا أو غير عمد ، فقد تبدى في سلوك مرتكبه-ولو أنه لم يرد ايقاع الضرر ولا رفض تنفيذ العقد- وكأنه أراد ذلك[1] .

فيعتبر الخطأ الجسيم تبعا لذلك قرينة قابلة لاثبات العكس على قيام الغش (2) ،فهو ان لم نشبهه بالعمد لادعى المدين الذي تعمد الاخلال بالتزامه بأن اخلاله هذا لم يكن مقصودا (3) ،ومعنى ذلك أن مرتكب الخطأ يتقنع دائما بقناع الغباء ،فهو من جانب يعترف بجسامة خطئه، ومن جانب آخر يدعي حسن النية، الأمر الذي يؤدي الى عدم التطبيق النهائي لحكم الغش (4) .

وتجنبا لمثل هذه الادعاءات، ولهذا التقنع، يجب معاملة الخطأ الجسيم معاملة الغش، واعتبار الأول قرينة قابلة لاثبات العكس على قيام الثاني ، ومن ثم نحكم ببطلان الشرط على أساس ذلك .

ان القول بمساواة الخطأ الجسيم بالغش لا يسلم من النقد. فاعتبار الخطأ الجسيم يفترض العمد يعني أن سوء النية هو الأصل والقاعدة، وحسن النية هو الفرع والاستثناء. (5) وهذا كما هو معروف مخالف لأحد المبادئ الأساسية الموجودة في كل القوانين: من أن حسن النية هو الذي يفترض لا العكس .

---

(1) — وحيد الدين سوار : المرجع السابق فقرة 603

(2) — 1952 — 1393 — Rodière Droit civil par Beudant . N:

(3) — وحيد الدين سوار : المرجع السابق ف 550

(4) — مازو : القانون المدني ج 2 فقرة 635

(5) — روبلو : المرجع السابق ص 17 ف 8

— في نفس المعنى جوسران : المرجع السابق د 1933 — 1 — 49

الواقع أن الخطأ الجسيم مهما بلغت درجة جسامته، فانه يبقى دائما خطأ مجردا من ارادة احداث الضرر ، وبالتالي فان كل محاولة ترمي الى المساواة بينه وبين الغش على أساس أنه من الصعب اثبات هذا الأخير (الغش) هي محاولة فاشلة .

3 ـ موقف القضاء الفرنسي من الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية عن الخطأ الجسيم الشخصي :

لقد أحسن صنعا القضاء الفرنسي، اذ لم يسو بين الخطأ الجسيم وبين الغش تلك المساواة التي تعني اتحادهما في الطبيعة والصفات، وانما ساوى بينهما تلك المساواة التي ترتب عليهما نفس الآثار القانونية في بعض الحالات دون بعض .

فقد ساوى على سبيل المثال بين الغش والخطأ الجسيم في مجال الاعفاء الاتفاقي من المسؤولية، اذ جعل الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية من كليهما باطلا ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صدر في 27 نوفمبر 1934 بأن الخطأ الجسيم التعاقدي، أو التقصيري المساوى للغش، يلزم مرتكبه بالتعويض الكامل دون أن يستطيع التخلص منه بواسطة شرط الاعفاء من المسؤولية (1)

(1) ـ نقض مدني 27 نوفمبر 1934 قازيت دي باليه 1935 ـ 1 ـ 6 :
La faute lourde assimilable au dol, oblige son auteur qu'elle soit contractuelle ou délictuelle à la réparation intégrale du préjudice, et sans qu'il puisse s'en affranchir par une convention de non responsabilité" .

ـ انظر في نفس الاتجاه : نقض مدني 15 جوان 1959 دلوز 1960 ـ 97 .

وقضت كذلك في حكم صدر في 31 ماي 1938 [1] بأن شرط الاعفاء من المسؤولية المدني في نظام جمعية رياضية يكون بدون أثر في حالة الخطأ الجسيم .

ولقد تتابعت الأحكام القضائية في هذا الاتجاه،وكلها تعامل الخطأ الجسيم معاملة الغش [2] ،لكن القضاء الفرنسي لم يعامل الخطأ الجسيم معاملة الغش في مجال الاتفاق على التحديد من المسؤولية في عقود النقل بواسطة السكك الحديدية ؛ اذ صحح الشرط الرامي الى التحديد في حالة الخطأ الجسيم [3] وأبطله في حالة الغش ،وبذلك يظهر أن القضاء الفرنسي لم يمط للخطأ الجسيم في كل الحالات نفس الأثر الذى أعطاه للغش .

---

(1) – قازيت دي باليه 1938 – 2 – 473 " *Une clause d'éxonération de responsabilité inseré dans les statuts d'une association sportive est sans effet en cas de faute lourde , laquelle, équipollente au dol, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle oblige son auteur à la réparation intégrale du préjudice subi sans qu'il puisse s'en affranchir par une convention de non responsabilité .*

(2) – نقض مدني 21 جوان 1937 دلوز 1938 – 1 – 28

– نقض مدني 2 أوت 1950 دلوز 1951 – 581

(3) – نقض مدني 3 أوت 1932 دلوز 1933 – 1 – 49 *La clause lémitaire de responsabilité inséré dans les tarifs réduits des compagnies de chemin de fer conserve sa pleine éficacité malgré la faute lourde commise par la S.N.C.F.*

– في نفس الاتجاه نقض مدني 5–12–1934 – سيري 1935– 1– 53

الفرع الثاني

الحالتان المختلف فيهما
من حيث مدى جواز شرط الاعفاء من المسوءولية
بشأنهما

هناك حالتان كانتا موضوع نقاش فقهي واختلاف تشريعي وقضائي من حيث مدى صحة شرط الاعفاء من المسوءولية فيهما، وهما : حالة الخطأ الشخصي اليسير، وحالة خطأ التابع •

وسوف أتناول كل خطأ من هذين النوعين من الخطأ في مطلب خاص •

- المطلب الأول : أخصصه للخطأ اليسير •
- المطلب الثاني : أخصصه لخطأ التابع •

المطلب الأول : الخطأ اليسير :

الأخطاء اليسيرة، اما أن تترتب عنها أضرار مادية، واما أضرار بدنية • والسوءال المطروح يتمثل في مدى صحة الشرط الرامي الى الاعفاء من المسوءولية عن كلا النوعين من الأضرار •

وقبل التعرض الى الاجابة عن هذا السوءال لا بد لنا أن نعرف ما هو الخطأ اليسير ؟ وهل هو نفسه في الالتزام بغاية والالتزام بعناية • وعليه سنبحث تباعا :

I - مفهوم الخطأ اليسير •

II - مدى صحة الشرط عن الخطأ اليسير •

I ـ مفهوم الخطأ اليسير :

سنعطي في نقطة أولى تعريف الخطأ اليسير، ثم نبحث في نقطة ثانية عن الخطأ اليسير، هل هو نفسه في الالتزام بغاية والالتزام بنتيجة ؟

1 ـ تعريف الخطأ اليسير :

ان الخطأ اليسير هو ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه رجل معتاد يمثل أوسط الناس ويكون من نفس مهنة المسؤول ويوجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها [1]، أو كما يقول الأستاذ لالو: هو الخطأ الذي يرتكبه كما عبرت عنه المادة 1137 من القانون المدني الفرنسي " رب أسرة صالح " [2].

2 ـ الخطأ اليسير والالتزام بغاية والالتزام بنتيجة :

يكون المدين ـ في الالتزام بنتيجة أو غاية ـ قد التزم بتنفيذ ما وعد به الدائن. فاذا لم يقم بتنفيذه اعتبر مسؤولا عن ذلك دون أن يكون القاضي في حاجة الى البحث عن مسلكه [3]. ولا يستطيع المسؤول نفي هذه المسؤولية عن نفسه الا اذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه، ولا يوجد أي قصد سيء من جانبه .

وقد حكمت محكمة النقض المصرية في 22 ديسمبر 1967 بأن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي يعتبر في حد ذاته خطأ يرتب مسؤوليته، والتي لا يدرؤها عنه الا اذا أثبت قيام السبب الأجنبي، الذي تنتفي معه علاقة السببية

---

(1) ـ ابراهيم الدسوقي : المرجع السابق فقرة 184 .

(2) ـ لالـــو : تدرج الأخطاء دالوز 1940 ص 18 .

(3) ـ لالـــو : المرجع السابق ص 18

" .. واذا كان التزام المطعون ضده باقامة المباني في الموعد المتفق عليه هـو التزام بتحقيق غاية ، فانه متى أثبتت الطاعنه اخلاله بهذا الالتزام، فانها تكون قد أثبتت الخطأ الذي تتحقق به مسؤوليته، ولا يجديه في نفي هذا الخطأ أن يثبت هو هو أنه قد بذل ما في وسعه من جهد لتنفيذ التزامه فلم يستطع ، ما دامـت الغاية لم تتحقق (1) .

أما في الالتزام ببذل عناية فان الأمر مختلف، فيجب أن نطبق معيار الرجل المعتاد المتمثل في رب أسرة صالح ، فيعتبر الشخص مسؤولا اذا كان قد انحرف في سـ في سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية ، والمنتـمي الى نفس المهنة ودون أن يكون هذا الانحراف كبيرا، والا كنا بصدد خطأ جسيم .

II — مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية عن الأخطاء الشخصية اليســـــيرة :

سنبحث في نقطة أولى عن مدى صحته في حالة الأخطاء الشخصية اليسيرة التي تسبب للشخص أضرارا مادية ، وفي نقطة ثانية عن مدى صحته عن الأخطـاء الشخصية اليسيرة التي تسبب للشخص أضرارا بدنية .

1 — مدى صحة الشرط عن الأخطاء الشخصية اليسيرة التي تسبب للشخص أضرارا مادية :

قد نصت كثير من التشريعات على صحة شرط الاعفاء من المسؤولية عـــن الأفعال الشخصية في حالة الخطأ اليسير ، نذكر من هذه التشريعات :

— التشريع الجزائري في المادة 178/ 2 من القانون المدني ، والتت تنـص على أنه لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم ،

---

(1) — محاماة العدد الأول السنة 49 ص 121 (عن الدسوقي : المرجـع السابق ص 349 هامش 2) .

ومعنى ذلك أنه يجوز بمفهوم المخالفة في حالة الخطأ اليسير .

ـ التشريع المصري وذلك في المادة 217 من القانون المدني .

ـ التشريع الألماني في المادة 232 من القانون المدني .

ـ التشريع الصيني في المادة 222 من القانون المدني .

ـ التشريع السويسري في المادة 100 من قانون الالتزامات ، وقد جاء فيه أنه يعتبر باطلا كل اتفاق سابق على اعفاء المدين من المسؤولية عن غشه أو خطئه الجسيم ، ومعنى ذلك أنه يكون جائزا وصحيحا في حالة الخطأ اليسير .

وقد أضاف التشريع السويسري في الفقرة الثانية من نفس المادة أن للقاضي بما له من حق التقدير أن يبطل شرط الاعفاء من المسؤولية عن الخطأ الخفيف ، اذا كان الشخص وقت اشتراط الاعفاء في خدمة المدين أو اذا كانت المسؤولية منبثقة عن ممارسة صناعة معطاة بطريق الامتياز من السلطة .

ان التشريع السويسري بهذه الفقرة الثانية أراد أن يحمي الضعفاء من طبقة العمال الذين يوقعون بسهولة شروط الاعفاء من المسؤولية أثناء وجودهم في الخدمة أو وقت دخولهم اليها ليتمكنوا من الاستخدام والاستفادة من المرتب (1) .

بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد استقر ابتداء من سنة 1874 (2) على ابعاد شرط الاعفاء من المسؤولية في كل الحالات التي يستطيع فيها الدائن أن يثبت خطأ ولو يسيرا في جانب المدين ، فيكون بذلك قد أعطى لشرط الاعفاء من المسؤولية أثرا محدودا يتمثل في قلب عبء الاثبات .

---

(1) زهدي يكن : المسؤولية المدنية أو الأعمال الغير المباحة ط 1 فقرة 64

(2) نقض مدني 4 فبراير 1874 دالوز 1874 "انظر نص الحكم في ص 27 هـا . 4 "
ـ في نفس المعنى : نقض مدني 9 نوفمبر 1915 دالوز 1921 ـ 23 :

" La clause par laquelle un depositaire s'esconère de toute responsabilité à raison des accidents qui surviendraient aux marchandises ...oblige le deposant à faire lapreuve d'une faute commise par le depositaire ou par ses agents.

ان هذا القضاء أمام الانتقادات الكثيرة الموجهة اليه من طرف الفقه (1) بدأ يعدل من موقفه، وأصبح يفهم من بعض أحكامه أن يجيز الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء اليسيرة ..

فقد قضت محكمة النقض في 3 أوت 1948 في قضية سرقة دراجة من مستودع موضوع من طرف مؤسسة تحت تصرف العمال، بأنه أمام شرط الاعفاء من المسؤولية المدرج في التنظيم الداخلي للورشة، وفي عقد العمل، فان قضاة الموضوع مطالبون منهم البحث فيما اذا كان الخطأ المنسوب الى المؤسسة قد بلغ درجة من الخطورة تجعله في غير استطاعة شرط الاعفاء من المسؤولية تغطيته (2) .

يفهم من هذا الحكم أن الخطأ اذا لم يكن قد بلغ درجة كبيرة من الخطورة، فانه يمكن أن يغطيه شرط الاعفاء من المسؤولية ، والخطأ الذي لم يبلغ درجة كبيرة من الخطورة كما نسلم هو الخطأ اليسير .

وأيضا قد جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 15 جوان 1959 - بما لا يدع مجالا للشك - على صحة شرط الاعفاء من المسؤولية في حالة الخطأ اليسير للمدين ، فقد جاء فيه: فقط ... الغش أو الخطأ الجسيم هما وحدهما اللذان

---

(1) مازو وتنك : المرجع السابق ج 3 فقرة 2540 .

(2) نقض مدني 3 أوت 1948 ق.ب 1948 - 2 - 220 : " en mettant à la disposition de ses ouvriers un garage pour leur bicyclettes l'employeur à accepter d'en être dépositaire, mais il a inséré tant dans le réglement d'atelier que dans le contract d'ambauche, une clause d'irresponsabilité en cas de disparition des objets confiés, sa responsabilité ne peut être engagé que s'il est établie à sa charge une faute présentant un caractère de gravité telle qu'elle ne peut être couverte par la convention.

في امكانهما ابعاد شرط الاعفاء من المسؤولية (1) .

يوجد الى جانب هذين الحكمين أحكام قضائية كثيرة وكلها قد اتجهت على طريقة الحكمين السابقين الى تصحيح الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية اليسيرة (2) .

ـ وبالنسبة للفقه يرى الأستاذ مازو أنه لا يوجد أي مبرر شرعي يدعو الى ابعاد الشرط في حالة الخطأ الشخصي اليسير ، ان كل شيء يبرهن ويدل على صحته :

1 ـ فالاتفاق ليس معلقا على شرط اردي محض لأنه لا يرمي الى الاعفاء عن الأخطاء العمدية .

2 ـ الشرط غير متعلق بالنظام العام لأنه لا يرمي الى الاعفاء عن الأخطاء العمدية .

3 ـ الشرط غير ممنوع من طرف أي نص قانوني (3) .

---

(1) نقض مدني 15 جوان 1959 د 1960 ـ 97 :

Seul ledol " : ou la faute lourde de la partie qui invoque pour se soustraire à son obligation, une clause de non-responsabilité insérée au contrat et acceptée par l'autre partie, peuvent faire echec à l'application de ladite clause.

(2) ـ نقض مدني 15 ماي 1923 دالوز 1925 ـ 1 ـ 15 .
ـ نقض مدني 30 مارس 1938 سيري 1938 ـ 1 ـ 349 .
ـ نقض مدني 25 نوفمبر 1949 سيري 1950 ـ 1 ـ 20 .
ـ نقض مدني 10 فبراير 1966 ق.ب فهارس 1966 ـ 1970 .

(3) ـ مازو وتنك : المرجع السابق فقرة 2540
في نفس الرأي :
ـ ساروت : تعليق في دالوز 1890 ـ 1 ـ 209
ـ سوردات : المسؤولية المدنية الجزء 1 ط 6 فقرة 662
ـ لالو : المسؤولية المدنية فقرة 512

2 — مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية اليسيرة التي تترتب عنها أضرار بدنية .

اذا كان المشرع الجزائري قد قرر صراحة صحة شرط الاعفاء من المسؤولية عن أخطاء المدين اليسيرة، فان هذا الحكم لا يسري في حالة الأضرار الجسمانية[1] ويرجع ذلك الى كون النظام العام يعارض أن يكون جسم الانسان محل مفاوضة أو مساومة، فلا يجوز للفرد بدون سبب شرعي أن يتصرف في شخصه أو يتنازل عن حياته، بل ولا يجوز حتى السماح بأي ضرر ولو لحقوق لا تقبل الاخلال بها [2] .

قد اعترض بعض الفقهاء على القول بعدم صحة شرط الاعفاء من المسؤولية عن الأضرار الجسمانية على أساس أن الاتفاق الرامي الى الاعفاء من المسؤولية عن الأضرار الجسمانية، ليس اتفاقا على المساس بالانسان ذاته أو المساس بكيانه، أو حياته، أو أنه يعطي للمستفيد منه الحق في الحاق الضرر بالمدين، وانما هو يتراضى معه فقط على عدم المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر اذا وقع بفعل غير عمدي . وعلى ذلك فهذا الشرط لا يسمح للمسؤول أن يحدث بارادته ضررا للشخص أو يتصرف في شخصه[3] .

---

(1) — ان القانون اللبناني في المادة 139 من قانون الموجبات والعقود قد نص صراحة على ذلك .

(2) — مازو وتنك : المرجع السابق فقرة 2525

— الدسوقي : المرجع السابق فقرة 139

(3) — CHAUVEAU : Note sous Cass.Civ. 3 juin 1970 D1971 - 373

B. STARCK : droit civil obligations 1971 N° 2155

وقد رد على هذا الرأي، أن السماح بمثل هذا الاتفاق يفتح في الواقع الباب واسعا بحيث يجعل المسؤول لا يحتاط في أمره ويتصرف دون خوف من العاقبة، مما يجعل في نهاية المطاف سلامة الأشخاص وكيانهم دائما عرضة للخطر فمن أجل ذلك يرفض جانب من الفقه رفضا باتا مثل هذا الاتفاق .

وقد سلكت بعض المحاكم الفرنسية (2) في كثير من أحكامها هذا السبيل، فحكمت ببطلان كل شرط يرمي الى الاعفاء من المسؤولية عن الأضرار الجسمانية .

ويلاحظ في النقل البحري للأشخاص أن القضاء قد رفض التمييز بين نقل الركاب ونقل البضائع، وأجاز شرط الاعفاء من المسؤولية بالنسبة للنوعين معا، وهذا قبل صدور قانون 2 أبريل 1936، وهذا القانون قد أبطل شرط الاعفاء من المسؤولية لنقل البضائع، ولم يتعرض لنقل الأشخاص، وبقيت بذلك أحكام القضاء الخاصة بنقل الأشخاص كما كانت صحيحة (3) .

ان المشرع الجزائري قد أبطل بمقتضى المادة 65 من القانون التجاري (4)، كل شرط من شأنه اعفاء الناقل من مسؤوليته عن الأضرار البدنية الحاصلة للمسافرين. كما قد أبطله أيضا بمقتضى المادة 71 من التقنين التجاري (5) اذا كان يرمي الى اعفاء الوكيل بالعمولة من مسؤوليته عن الأضرار البدنية الحاصلة للمسافر .

---

(1) ــ مازو وتنك : المرجع السابق ف 2529
ــ سافتيه : المرجع السابق ف 661
ــ الدسوقي : المرجع السابق ف 139

(2) ــ تولوز 23 ــ 10 ــ 1934 دلوز 1935 ــ 2 ــ 49 : *" Il ne peut (l"exploitant d'une attraction foraine) pour s'exonerer de sa responsabilité contractuelle, se prévaloir de la clause de non garantie des accidents contenues dans une fiche, une telle reserve étant sans valeur alors qu'il s'agit de l'intégrité du corps humain, qui n'est pas matière à convention" .*

ــ في نفس الاتجاه: ليون 27 جوان 1913 د 1914 ــ 2 ــ 73
دوركاست 10 ــ 11 ــ 1937 قازيت دي باليه 37 ــ 8812

(3) ــ مازو وتنك : المرجع السابق ف 2533

(4) ــ نص المادة 65 من القانون التجاري : " يكون باطلا كل شرط من شأنه اعفاء الناقل كليا أو جزئيا من مسؤوليته المتسببة عن الاضرار البدنية الحاصلة للمسافرين " .

(5) ــ نص المادة 71 من التقنين التجاري ، " يعد باطلا كل اشتراط باعفاء الوكيل بالعمولة كليا أو جزئيا من مسؤوليته عن الاضرار البدنية الحاصلة للمسافرين " .

هذان النصان يعتبران استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بصحة شرط الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء اليسيرة (المادة 178 / 2) .

أما المشرع المصري فانه لم يورد لا في التقنين البحري، ولا في التقنين التجاري، أي نص خاص بمسؤولية ناقل المسافرين في حالة وجود شرط الاعفاء من المسؤولية. ومن ثم فلا مناص من تطبيق القواعد العامة ؛ فيكون الشرط الذي يضعه الناقل والذي يرمي الى اعفائه عن الأخطاء اليسيرة صحيحا ومنتجا لكل آثاره وذلك طبقا للمادة 217 من القانون المدني .

وقد انتقد الأستاذ الدسوقي (1) ، وكذلك الأستاذ مصطفى كمال طه (2) هذا المسلك ، ذلك أنه يؤدي الى اهدار الالتزام بسلامة المسافر، والذي يعتبر مبدأ مبدأ استقر عليه القضاء (3) .

المطلب الثاني : خطــأ الغيـــر :

ان المتعاقد — نظرا للنشاط الاقتصادي المتزايد في الوقت الحاضر ، وما صاحبه من ظهور المشروعات الكبيرة التي تستخدم عددا كبيرا من الأيدي العاملة— نادرا ما يقوم بتنفيذ التزامه بنفسه، بل يعهد به في غالب الأحوال الى الغير الذين يستخدمهم لهذا الغرض .

---

(1) ابراهيم الدسوقي : المرجع السابق، ف 141
(2) مصطفى كمال طه : القانون البحري ف 141
(3) محكمة الاستئناف المختلطة 1935 — محكمة الاسكندرية الوطنية 1950 — محكمة استئناف مصر 1953 (عن سليمان مرقس : المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية فقرة 30) .

ففي هذه الحالة فما حكم الشرط الذي يرمي الى الاعفاء من المسؤولية عن أخطاء الغير الذين يستخدمهم أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه ؟

ان المسألة في الواقع في غاية التعقيد سواء على الصعيد التشريعي أو على الصعيد الفقهي ،ويرجع هذا التعقيد الى مدى التسليم بوجود المسؤولية العقدية عن أعمال الغير ،وفي حالة وجودها هل نقف عند خطأ التابع دون البحث عن خطأ المتبوع، أو نعتبر خطأ التابع كأنه خطأ صادر من المتبوع ذاته ؟

ولايضاح هذه المسألة، وبيان وجهات النظر المختلفة بشأنها فقها وقضاء بل وتشريعا، لا بد من تناول ذلك في نقطتين :

النقطة الأولى : أتعرض فيها لموقف التشريع الجزائري من شرط الاعفاء من المسؤولية عن أخطاء الغير .

النقطة الثانية : أتعرض فيها لموقف الفقه والقضاء الفرنسي مع بيان موقف التشريع .

I — موقف التشريع الجزائري :

تقضي المادة 2/178 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 2/217 من القانون المدني المصري بأنه : " .. يجوز أن يشترط المدين اعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه " .

يتبين من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أجاز الشرط الرامي الى اعفاء المدين من المسؤولية المترتبة عن سائر أخطاء تابعيه مهما كانت درجتها من الخطورة . ولكن ما ينبغي أن ننتبه اليه هو أن نوع المسؤولية التي يستطيع

المدين أن يعفي نفسة منها هي المسؤولية العقدية عن أعمال الغير الذيـــــن يستخدمهم في تنفيذ التزامه دون المسؤولية التقصيرية ، لأن الاعفاء من هذه الأخيرة عن طريق الاتفاق ممنوع قانونا) حيث انه قد جاء في نفس المادة في فقرتها الأخيرة بأن كل شرط يرمي الى الاعفاء من المسؤولية التقصيرية يكون باطلا (1) ، وقد أتى هذا النص عاما مما يجعله يشمل المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصيــــة ، والمسؤولية التقصيرية عن أفعال التابعين (2) .

وهكذا نرى أن المادة 178/ 2 ينحصر نطاقه فقط في المسؤولية العقدية للمدين عن أعمال تابعيه دون المسؤولية التقصيرية . وهذا ما يدفعنا في الواقع الى البحث :

أولا : عن مدى وجود نص قانوني يقرر بطريقة مباشرة القاعدة العامة في المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

وثانيا : الى البحث في الشروط الواجب توافرها في هذا النوع مـــن المسؤولية لكي نرتب عليها الأثر القانوني الخاص بها ، والمتمثل في اعفاء المدين من المسؤولية عن أخطاء الغير الذين يستخدمهـــم في تنفيذ التزامه .

وثالثا وأخيرا : نتعرض لبعض تعليقات الفقه عن موقف المشرع الجزائري ، اذ أنها بينها المؤيد والمنتقد .

---

(1) ـ المادة 178 / 3 : " ويبطل كل شرط يقضي بالاعفـاء من المســؤوليـة الناجمة عن العمل الاجرامي " .

(2) MUZUAGHI Abdel-Salam : Le declin des clauses d'exoneration de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau Paris 1981 N° 205.

أولا : نصوص القانون المدني المقررة للمسؤولية العقدية :

لا يوجد في القانون المدني الجزائري نص يقرر بصفة مباشرة القاعدة العامة في المسؤولية العقدية عن أعمال الغير على غرار النص الموجود في القانون المدني والمقرر للقاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية[1] والذي قد جاء فيه : " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها " (2).

يتبين من ذلك أن المادة 178/ 2 تعتبر المادة الوحيدة التي قررت بطريق غير مباشر مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، ونقول بطريق غير مباشر ، لأن مبدأ المسؤولية العقدية يستخلص منها ضمنا ، فما دام أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، فذلك لا يستقيم الا اذا كان هو في الأصل مسؤولا عن خطأ هؤلاء الأشخاص .
فيستطيع بالاتفاق أن ينفي عنه هذه المسؤولية ، وبذلك نستطيع أن نقول أن الفقرة الثانية من المادة 178 تقرر مبدأ عاما هو أن المدين مسؤول مسؤولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه (3).

وهناك عدة تطبيقات تشريعية لهذا المبدأ في صدد عقود مختلفة نذكر منها : عقد المقاولة ، عقد الوكالة .

---

(1) ـ نفس الوضع في مصر : انظر السنهوري الوسيط ج1 فقرة 432
(2) ـ المادة 136 من القانون المدني
(3) ـ السنهوري ج 1 المرجع السابق ف 432
ـ موزواغي عبد السلام : المرجع السابق ف :180

أ ـ عقد المقاولـــة : حيث قد جاء في المادة 564 بصدد مسؤولية المقاول : يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه الى مقاول فرعي اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفتـــرض الاعتماد على كفاءته الشخصية .. ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل ".

فالنص هنا صريح في مسؤولية المقاول عن عمل المقاول الفرعي تجاه رب العمل ،وهي مسؤولية عقدية عن عمل الغير (1) .

ب ـ عقد الوكـــالة :

قد نصت المادة 580 على ما يلي : " اذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك، كان مسؤولا عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية " .

فهذا النص كذلك صريح في مسؤولية الوكيل عن نائبه نحو الموكل، وهـــي مسؤولية عقدية عن عمل الغير (2) .

وهكذا نرى أن هناك نوعان من المسؤولية عن عمل الغير،المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية،فبينما يجوز الاتفاق على الاعفاء من الأولى، لا يجوز الاتفـــاق على الاعفاء من الثانية .

---

(1) السنهوري : المرجع السابق ف 432

(2) السنهوري : المرجع السابق ف 432

ثانيا : شروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير :

لكي نكون بصدد المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، ومن ثم يمكن أن نرتب عليها أحكام المادة 178/ 2 ، فنحكم بصحة الشرط الرامي الى الاعفاء منهـــا يجب أن تتوافر فيه الشروط التالية :

أ ـ أن يكون بين المسؤول والمضرور عقد صحيح (1) :

فاذا كان المضرور لا يربطه بالمسؤول عقد فلا مجال للكلام عن المسؤولية العقدية، بل هي مسؤولية تقصيرية .

ولا يكفي في ذلك أن يكون هناك عقد بينهما بل يجب أن يكون هذا العقد صحيحا اذ أن : " العقد الغير الصحيح يزول بابطاله ، فلا تنشأ المسؤولية ـ اذا تحققت ـ من العقد ـ بل تكون مسؤولية تقصيرية (2) .

ب ـ أن يكون المسؤول قد عهد الى الغير بتنفيذ هذا العقد :

فاذا تدخل الغير في تنفيذ العقد من تلقاء نفسه، ونتج عن ذلك اخلال بالتنفيـــذ ، فالمسؤولية المترتبة عن ذلك هي مسؤولية شخصية ، لا مسؤولية عن فعل الغير، فمثلا في عقد الايجار، المؤجر ملتزم بتمكين المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة الانتفاع المقصود من العقد ، فلو تدخل شخص أجنبي من تلقاء نفسه، ومنعه عن ذلك الانتفاع، فان مسؤولية المؤجر نحو المستأجر تكون مسؤولية عقدية ، وهي مسؤولية شخصية لا مسؤولية عن فعل الغير الا اذا أثبت أن تدخل هذا الأخير هـــو سبب أجنبي ، فعندئذ تنتفي مسؤوليته بتاتا (3) .

(1) ـ مازو وتنك : المسؤولية المدنية جـ1 ط 5 فقرة 969

ـ السنهوري : المرجع السابق جـ1 ف 431

(2) ـ السنهوري : المرجع السابق فقرة 431

(3) ـ مازو وتنك : المسؤولية المدنية جـ1 فقرة 975

ـ السنهوري : المرجع السابق فقرة 431

ج - أن يكون هذا الغير مكلفا بتنفيذ هذا العقد اما اتفاقا واما قانونا:

فالعمال والمقاولون من الباطن، يكون المقاول مسؤولا عنهم نحو رب العمل، ونائب الوكيل يكون الوكيل مسؤولا عنه نحو الموكل (1) .

د - أن يصدر خطأ من الغير :

وغني عن البيان أن هذا الخطأ يجب أن يكون عقديا (2) لنكون بصدد مسؤولية عقدية عن عمل الغير. ويتمثل هذا الخطأ في عدم تنفيذ العقد .

ولا يكفي صدور خطأ من الغير يحول دون تنفيذ العقد؛ بل يجب أن يكون هذا هذا الخطأ من شأنه أن يترتب عنه ضرر للدائن ، ولذلك يجب ألا نفترض الضرر لمجرد ال لمجرد أن الغير قد حال بتصرفه دون تنفيذ العقد ذلك أنه قد يحدث أ ن الالتزام لم ينفذ ، ورغم ذلك لا يصاب الدائن بضرر ما ، فمثلا تأخر تابع أمين النقل في تسليم البضاعة لصاحبها لا يكفي لاستخلاص وجود الضرر؛ بل يجب على الدائن أن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من جراء هذا التأخر.

فاذا ما توافرت هذه الشروط كنا بصدد مسؤولية عقدية عن عمل الغير ، ومن ثم يمكن أن نرتب عليها الأثر القانوني الخاص بها ، فنعفي المتبوع من هذه المسؤولية اذا كان قد اشترط على المضرور مسبقا اعفاءه من المسؤوليلا المترتبة عن الأخطاء التي يرتكبها الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

(1) السنهوري : المرجع السابق ف 431

(2) عبد السلام موزواعي : المرجع السابق فقرة 205

ثالثا : تعليقات الفقه على موقف المشرع الجزائري ، وكذلك موقف المشرع المصري من شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير :

بينما قد استحسن البعض موقف المشرع الجزائري والمشرع المصري (1) من شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، قد تعرض لهما البعض الآخر (2) من الفقه بالنقد .

يرى الأستاذ سوار ، وهو من المؤيدين للرأي القائل بصحة شرط الاعفاء من المسؤولية عن سائر أخطاء الغير بما في ذلك غشهم وخطئهم الجسيم ، أن هذا الموقف، هو موقف أوجه من ذلك الموقف الذي يتجه الى ابطاله ذلك أن شرط الاعفاء يبدو أقل خطرا اذا انصب على أخطاء لم يرتكبها المدين ذاته، بل ارتكبها أعوانه الذين يسأل عنهم (3) .

أرى أن هذا التبرير الذي أعطاه الأستاذ سوار للحكم بصحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية عن أخطاء الغير هو تبرير غير صحيح ، لأن في الالتزامات التعاقدية ما الذي يهم الدائن ، فالشيء الوحيد والأساسي الذي يهمه هو أن يرى أن الالتزام قد نفذه مدينه ولا يهمه بعد ذلك أن يكون مدينه هو الذي قام بتنفيذه شخصيا ، أو أنه استخدم شخصا آخر لهذا الغرض (4) .

(1) ـ سوار وحيد الدين : المرجع السابق ف 551
ـ القانون المدني الجزائري ج 1 ط 1975 ف 514
(2) ـ السنهوري : المرجع السابق ج 1 ف 440 ص 677 هامش 1
(3) ـ وحيد الدين سوار : المرجع السابق ف 551
ـ القانون المدني الجزائري ج 1 ط 1975 ف 514
(4) ـ قريب من هذا المعنى بلانيول وريبر : القانون المدني الجزء 7 ط 2 ف 845 .

بالاضافة الى ذلك،فان الحكم بصحة مثل هذا الشرط من شأنه أن يفتح الباب على مصراعيه للمدين ليفلت كلية من التزامه ، الأمر الذي يؤدي الى جعل العقد معلقا على شرط ارادي محض، فلا يكون بذلك للدائن أي أمل في أن يرى التزام مدينه منفذا ، طالما أن المدين لا يسأل عن عدم التنفيذ الراجع الى غش مستخدميه أو خطئهم الجسيم ، فوجود هذا الشرط يهدد بالتالي الالتزام ويجعله دون تنفيذ .

لذلك أرى أنه يجب ألا نفرق بين وضعية المدين وهو ينفذ التزامه بنفسه ووضعيته وهو ينفذه بواسطة غيره ، ونحكم بصحة الشرط في كلتا الحالتين اذا كان يرمي الى الاعفاء من الأخطاء اليسيرة فحسب،وبالبطلان اذا كان يرمي الى الاعفاء عن الغش أو الخطأ الجسيم أو عن الأضرار التي تمس جسم الانسان .

هناك بعض الفقهاء _ للتخفيف من التصريح القانوني القاضي بصحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية عن سائر أخطاء التابعين _ أراد التضييق من فكرة التابع وذلك بطرق عدة :

أ _ باعتبار مدير الشركة أداة لها وليس وكيلا عنها ، فمسؤولية الشركة عن فعله تعتبر مسؤولية عن فعل شخصي لا عن فعل الغير ، فلا يجوز بالتالي للشركة أن تعفي نفسها من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها ، فهذا وذاك بمنزلة سواء [1] .

---

(1) السنهوري : المرجع السابق ج 1 ف 440 ص 677 هامش 1 .

ب ـ باعتبار مثل هذا الشرط شرط اذعان ،كما في اشتراط شركات النقل الكبرى عدم المسؤولية عن السرقات التي يرتكبها عمالها (1).

جـ ـ عن طريق التضييق من نطاق ما يعتبر خطأ من التابع ،والتوسع في نطاق ما يعتبر خطأ من المتبوع ،فكلما كان فعل التابع واقعا تحت سيطرة المتبوع وعلمه وتوجيهه كان ذلك خطأ شخصيا من المتبوع لا من التابع (2) ، فيقتصر بذلك نطاق خطأ التابع عن الأفعال التي لم يكن في وسع المتبوع تداركها بحرص الرجل المعتاد ،فالسرقة على سبيل المثال التي تحدث من عامل الشركة أو الخطأ الذي ينشأ عن فعل أحد عمالها وهو في حالة سكر قد يعقد مسؤوليتها وقد يعفيها مع وجود شرط عدم المسؤولية عن فعل التابع ،حسب ما اذا كان في امكان الشركة تدارك مثل هذا الفعل أو السيطرة عليه أو تلافيه أو منعه بايجاد نوع من الرقابة والتوجيه بالنسبة لتابعيها (3) .

---

(1) يقول الأستاذ السنهوري : " وفقا للقواعد العامة تستطيع شركات النقل أن تعفي نفسها من المسؤولية عن السرقات التي يرتكبها عمالها اذ أن هذا يعتبر يعتبر اعفاء من المسؤولية عن فعل الغير ـ وردنا على ذلك أن مثل هذا الشرط اذا فرضته شركات نقل كبرى على عمالها يعتبر شرط اذعان يجوز للقاضي ابطاله وفقا للمادة 149 من القانون المدني المصري " (المرجع السابق ف 440 هامش 1)

(2) بلانيول وريبر : المرجع السابق جـ 6 ف 404 : " اتفاقات عدم المسؤولية عن فعل الغير تكون مقبولة ما لم يثبت أن هناك خطأ شخصيا جسيما من المتبوع كخطأ في الاختيار أو الرقابة أو في صناعة مادة معينة " .

(3) ابراهيم الدسوقي : المرجع السابق ف 230

II - موقف الفقه والقضاء الفرنسي، مع بيان موقف التشريع :

لم يرد في التشريع الفرنسي أي نص يعتبر قاعدة عامة للشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية العقدية عن أعمال الغير ، واكتفى فقط بوضع حلول جزئية بالنسبة لبعض العقود التي عالجها والتي لا تصلح لأن تكون قاعدة عامة للشرط ، نذكر من هذه العقود على سبيل المثال عقد النقل الجوي ، فقد جاء في المادتين 42 و 48 من قانون 31 ماي 1924 المتعلق بالملاحة الجوية واللتين أصبحتا فيما بعد المادتين 118 و 124 من قانون الطيران : أن الناقل يستطيع بواسطة شرط صحيح أن يعفي نفسه من المسؤولية الناجمة عن مخاطر الجو أو الأخطاء التي تقع من أي شخص يعمل داخل الطائرة في قيادتها ؛ وذلك سواء في نقل البضائع أو نقل الركاب .

بالنسبة للفقه ، يرى جانب منه أنه يجب أن نعامل شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير نفس المعاملة التي نعامل بها شرط الاعفاء عن الأخطاء الشخصية ، بمعنى أنه يجب أن ننظر الى الأخطاء الصادرة من الغير كأنها صادرة من المتبوع ذاته . وبذلك يكون الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية عن أخطاء الغير صحيحا في الحدود التي يصح فيها شرط الاعفاء عن الأخطاء الشخصية ، فيكون صحيحا بالنسبة للأخطاء اليسيرة ، وباطلا بالنسبة للغش أو الخطأ الجسيم (1) .

وقد علل الفقه هذا المسلك على أساس أن المدين بالالتزام يجب ألا يكون في موقف أفضل لما ينفذ التزامه بواسطة الغير من موقفه لما ينفذه بنفسه (2) .

(1) موزواغي : المرجع السابق ف 184 و 185
مازو : القانون المدني جـ 2 فقرة 635
مارتين : المرجع السابق ص 174

(2) اسمان : المجلة الفصلية للقانون المدني 1926 ص 329

ذلك أن الذي يهم الدائن هو أن يرى الالتزام قد نفذ ولا يهمه بعد ذلك أن يرى عدم التنفيذ راجلعا الى خطأ مدينه ذاته أو خطأ تابع هذا الأخير ،فلذلك فاذا كان هناك شرط اعفاء من المسؤولية عن عمل الغير ، فنعتبر خطأ التابع كأنه خطأ صادر من المتبوع ذاته .

أما الجانب الآخر من الفقه (1) فيذهب الى القول بصحة الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية العقدية عن سائر أخطاء الغير بما في ذلك الغش الصادر منهم أو خطئهم الجسيم .

ولم يسلم هذا الرأي من النقد لكونه يفتح المجال واسعا أمام المدين للافلات كلية من التزامه ،كما أنه يجعل الالتزام في غالب الأحوال بدون تنفيذ لأن المدين لما يرى نفسه غير مسؤول عن أخطاء تابعيه ،فانه لا يهتم بانتقائهم ولا برقابتهم أو توجيههم .

أما القضاء فيرى من جهته أن الحكم ببطلان الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم يجب أن يمتد الى الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية العقدية عن الغير ،فيكون بذلك الشرط باطلا بالنسبة للغش أو الخطأ الجسيم الصادرين من تابع المدين .

فقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الذي يضعه مكتب الاستعلامات ويعفي بوجه [illegible] أو أخطاء تابعيه [illegible]

[illegible]

---

(1) — بلانيول وريبير ورضوان : المرجع السابق ج 7 فقرة 852
— سافتيه : المسؤولية المدنية ج 2 فقرة 662

الفرع الأول

موقف التشريع
من شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية

لا أتناول بيان موقف مختلف التشريعات من شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية وانما أكتفي فقط بموقف اثنين منها ، هما التشريع الجزائري والتشريع اللبناني ويرجع سبب اختياري للتشريع اللبناني دون غيره لكونه تبنى بالنسبة لشرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية موقفا مخالفا للتشريع الجزائرى والتشريع المصري ، فبينما يذهب هذان الأخيران الى الحكم ببطلان هذا الشرط بصفة مطلقة ، يذهب هو الى الحكم بصحته في بعض الحالات دون أخرى .

لذلك سأخصص :

- المطلب الأول : لبيان موقف التشريع الجزائري
- المطلب الثاني : لبيان موقف التشريع اللبناني

المطلب الأول : موقف التشريع الجزائري :

تقضي المادة 3/178 من القانون المدني الجزائري والمقابلة للمادة 3/217 من القانون المصري [1] ، ببطلان كل شرط يرمي الى الاعفاء من المسؤولية التقصيرية :
" ويبطل كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي "

(1) ــ : " ويقع باطلا كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل الغير المشروع " .

يتضح من هذه المادة أن الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية غير جائز قانونا سواء كان الخطأ جسيما أو عمدا أو يسيرا ، وسواء تعلق بأضرار مادية أو بأضرار جسمانية (1) ،وسواء ترتبت هذه المسؤولية عن فعل شخصي أو عن فعل الغير .

المطلب الثاني : موقف التشريع اللبناني :

يتضح من المادة 138 (2) و 139 (3) من قانون الموجبات والعقود أن المشرع اللبناني قد ميز بين حالتين :

الحالة الأولى : وهي الحالة التي تترتب فيها المسؤولية التقصيرية عن المسبب قصدا أو عن خطأ فادح ، ففي هذه الحالة فان كل اتفاق يرمي الى الاعفاء منها يكون باطلا بغض النظر عن نوع الضرر سواء أكان قد لحق بالنفس أو بالمال .

وقد برر بعض الفقهاء هذا البطلان على أساس أنه لو أجيز للانسان أن يستحصل على تعهد يعفيه من عاقبة فعله المقصود أو المرتكب عن خطأ فادح ،

---

(1) _ الدسوقي : المرجع السابق فقرة 138

(2) _ : " ما من أحد يستطيع أن يبرئ نفسه ابراء كليا أو جزئيا من نتائج احتياله أو خطئه الفادح بوضعه بندا ينفي عنه التبعة أو يخفف من وطأتها ،وكل بند يدرج لهذا الغرض في أي عقد كان هو باطل أصلا"

(3) _ : " ان البنود النافية للتبعة وبنود المجازفة تكون صالحة ومعمولا بها على قدر ابرائها لذمة واضع البند من نتائج عمله أو خطئه غير المقصود ، لكن هذا الابراء ينحصر في الأضرار المادية التي تصيب الأشخاص، اذ أن حياة الانسان وسلامته الشخصية هما فوق كل اعتبار "

فهذا يعني أن له أن يتحكم بأموال وأرواح الناس بدون وازع [1] وهذا هو أشد خطورة من مخالفة مبادئ النظام العام [2] .

الحالة الثانية : وهي الحالة التي تترتب فيها المسؤولية التقصيرية عن خطأ بسيط .

وقد ميز المشرع اللبناني بشأنها بين المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الضرر الواقع على النفس والضرر الواقع على المال .

فبالنسبة للمسؤولية التقصيرية الناشئة عن الضرر الواقع على النفس (وهو الضرر الذي يصيب الانسان في حياته أو في سلامة جسده أو يلحق الضرر بمعنويات الانسان لأن معنوياته هي من صلب شخصيته) فقد حكم ببطلان كل اتفاق يرمي الى الاعفاء منها لأنه كما تقول المادة 139 من قانون الموجبات والعقود :
" ان حياة الانسان وسلامة شخصيته هما فوق كل اتفاق .

وبالنسبة للمسؤولية الناشئة عن الضرر الواقع على المال ، فقد حكم بصحة كل اتفاق يرمي الى الاعفاء منها في حدود الأخطاء البسيطة فقط .

ملاحظة : هل تنطبق أحكام المادتين 138 و 139 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ؟

يرى الأستاذ نجم يوسف جبران أنه اذا توقفنا عند ظاهرة النص ، يترتب علينا القول أن الاتفاقات المقصودة بالمادة 138 و 139 هي الاتفاقات المتعلقة بالضرر الناجم عن الفعل الشخصي دون الضرر الناجم عن المسؤوليات الأخرى ، لكن

---

(1) قريب من هذا المعنى : : جورج سيوفي : النظرية العامة للموجبات والعقود ج 1 بيروت 1960 فقرة 361

(2) يوسف نجم جبران النظرية العامة للموجبات 1978 ديوان المطبوعات الجامعية ف 504

ينبغي ألا نأخذ بظاهر النص لأنه يخالف القواعد المنطقية والا فكيف يمكن القول بجواز التنصل كليا أو جزئيا من المسؤولية عن الفعل الشخصي وبعدم جوازه عن المسؤوليات الأخرى عن فعل الغير (1) .

وبذلك نرى أن أحكام المادتين 138 و 139 تنطبق كذلك على المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ، فيكون الشرط الرامي الى الاعفاء منها صحيحا بالنسبة للأخطاء البسيطة؛ وباطلا بالنسبة للأخطاء العمدية والجسيمة على غرار الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي .

وبهذا الموقف يكون التشريع اللبناني قد تفرد عن غيره من التشريعات كالتشريع الجزائري والتشريع المصري باتخاذه مثل هذا الموقف بشأن شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية اذ أن التشريعين السابقين قد أبطلاه بصورة مطلقة .

الفرع الثاني

موقف الفقه والقضاء الفرنسيين من شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية

لم ينص المشرع الفرنسي على شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية؛ الأمر الذي جعل القضاء والفقه في اختلاف كبير من مشكلة صحته ، لذلك سأخصص لكل من القضاء والفقه مطلبا خاصا به :

- المطلب الأول : أخصصه لموقف القضاء الفرنسي
- المطلب الثاني : أخصصه لموقف الفقه

---

(1) — يوسف نجم جبران : المرجع السابق فقرة : 509

المطلب الأول : موقف القضاء الفرنسي :

يذهب القضاء الفرنسي في جل أحكامه الى ابطال شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية على أساس أن أحكام المادة 1382 الى المادة 1386 من القانون المدني الفرنسي ،هي أحكام آمرة ومن ثم فكل اتفاق يرمي الى تعديلها يكون باطلا .

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 3 جانفي 1933 (1) في قضية تتعلق بالنقل المجاني بأن الاتفاق الذي يرمي الى الاعفاء من المسؤولية التقصيرية المترتبة عن النقل المجاني يكون باطلا ؛لاعتبار الأحكام المتعلقة بهذه المسؤولية تتعلق بالنظام العام .

هناك بعض الأحكام القضائية - وهي جد قليلة - قد قضت في بعض القضايا المحدودة بصحة الاتفاق الرامي الى الاعفاء من المسؤولية التقصيرية .

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة الاتفاق المبرم بين صاحب الامتياز على منجم وأصحاب الأراضي والمباني المجاورة ، والذي بمقتضاه يعفي نفسه

---

(1) - دالوز 1933 - 113 :

Attendu que les règles de la responsabilité délictuelle tenant à l'ordre public, le transporteur bénévole civilement pourvuivi en vertu des dispositions de l'article 1382 du code civil, ne saurait pour s'exonerer des consequences de sa faute reconnue, se fonder sur une renonciation expresse ou tacite de la victime à lui demander reparation

- نقض مدني 28 نوفمبر 1962 قازيت دي باليه 1963 - 1 - 63

من المسؤولية المترتبة عن الأضرار التي تصيب أراضيهم أو مبانيهم أثناء استغلاله للمنجم (1) .

وقضت كذلك، بصحة الاتفاق المبرم بين أصحاب الحيوانات الموضوعة في حضيرة واحدة، والذي بموجبه يعفي بعضهم البعض من المسؤولية المترتبة عن الأضرار التي تقع على حيوانات بعضهم من قبل حيوانات البعض الآخر (2) .

---

(1) ـ نقض مدني 27 جويلية 1938 قازت دي باليه 1938 ـ 2 ـ 669 :

*" Rien ne s'oppose à ce que le propriétaire de terrains, immeubles et constructions situés dans la périmètre d'une concéssion minière renonce moye*nnant indemnité à demander *réparation à l'exploitation du sous sol, de tout dommage pouvant, à toute époque, ê. tre causés aux dits biens... par les travaux excutés à l'intérieur de la mine..."*

ـ في نفس المعنى بالنسبة لقضايا مشابهة تتعلق باستغلال المناجم

ـ نقض مدني 12 ديسمبر 1899 سيري 1901 ـ 1 ـ 497

ـ عريضة مدنية 8 ديسمبر 1880 دالوز 1881 ـ 1 ـ 351

ـ نقض مدني 18 جوان 1879 دالوز 1879 ـ 1 ـ 337

(2) ـ عريضة مدنية : 2 جويلية د . 1851 ـ 1 ـ 189 : *" Les pro-ritaires d'animaux (les ayants placés ensemble)... doivent être considérés comme s'étant affranchis réciproquement de la responsabilité établie par l'art 1385 et qu"aucune responsabilité ne pourrait être* encourue *qu'en cas de faute prouvée ".*

وقد عللت محكمة النقض هذا المسلك على أساس أن مسؤولية صاحب حق الامتياز على المنجم ، ومسؤولية أصحاب الحيوانات الموضوعة في حضيرة واحدة ، هي مسؤولية بدون خطأ [1] ، ومن ثم فان الاتفاق الذي يرمي الى الاعفاء منها لا يمس أصلا النظام العام [2] .

ولقد انتقد بعض من الفقه هذا التبرير على أساس أن محكمة النقض لو كانت منطقية مع نفسها لكانت قد وسعت من مجال هذا الحل وجعلته يشمل كذلك الازعاجات الجوارية ، لأن المسؤولية المترتبة عنها تقوم كذلك في أغلب الأحوال بدون خطأ ثابت [3] .

المطلب الثاني : موقف الفقـــه :

هناك رأيان فقهيان يتجاذبان مشكلة صحة شرط الاعفاء من المسؤوليـــة التقصيرية:

الرأي الأول : يذهب الى القول بوجوب الحكم ببطلان شرط الاعفاء مـن المسؤولية التقصيرية على أساس :

---

(1) ــ عريضة مدنية 8 ديسمبر 1880 دالوز 1881 ــ 1 ــ 351
"....... Cette stipulation de non-garantie ne serait nulle qu'autant qu'elle tiendrait à exonèrer la compagnie de la responsabilité de ses fautes.."

(2) ــ مازو وتنك : المسؤولية المدنية جـ 3 فقرة 2570

(3) ــ مازو وتنك : المرجع السابق جـ 3 فقـــرة 2570

1 ـ ان المسؤولية التقصيرية على خلاف المسؤولية العقدية تنشأ بين أشخاص لم يكن بينهما سابق معرفة ،اذ كيف يمكن للمرء أن يعلم سلفا ما هو الفعل الذي قد يرتكبه ؟ وما هو الضرر الذي يحدثه ؟ ومن هو الشخص الذي يلحق به الضرر ؟ (1) ،فكيف بالتالي يمكن أن نتصور اتفاقهم المسبق على أن لا يسأل أحدهم الآخر عن أعماله الغير المباحة (2) .

2 ـ ان المسؤولية التقصيرية تعد من النظام العام اذ ينحصر هدفها في تأكيد احترام القوانين التي هي تعبير عن الارادة العامة ،وبالتالي يقع باطلا كل اتفاق يقضي بالاعفاء منها وذلك في جميع مجالاتها (3) ، بينما المسؤولية العقدية فانها تتعلق بارادة الأطراف ومن ثم فبامكانهم تعديلها أو الغاءها .

الرأي الثاني : لم يسلم بهذه التبريرات التي سيقت للحكم ببطلان شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية ،وقد رد عليها بما يلي :

1 ـ نعم ،هناك حلات ـ وهي الغالبة ـ لا يمكن للشخص فيها أن يعلم مسبقا ما اذا كان ستصدر منه أعمال غير مباحة سواء عن قصد أو عن اهمال ،لكن بالمقابل هناك حالات أخرى يمكن له أن يترقب فيها صدور بعض الأعمال الغير المباحة تضر بغيره ،فمن المعقول أن يذهب هذا الشخص الى أولئك الأشخاص الذين يتصور أنه يمكن أن يحدث لهم تصرفه بعض الأضرار فيتعاقد معهم لقاء بعض المنافع يتعهد لهم بها على أن يبرؤوا ذمته من كل مسؤولية تترتب عن الضرر الصادر منه ، ومثال ذلك :

---

(1) ـ يوسف نجم جبران : المرجع السابق فقرة : 500

(2) ـ جورج سيوفي : المرجع السابق فقرة 361

ـ مازو وتنك : المسؤولية المدنية ج 3 فقرة 2567

(3) ـ مازو وتنك : المرجع السابق ج 3 فقرة 2570

ـ الدسوقي : المرجع السابق فقرة 138

ـ السنهوري : الوسيط ج 1 فقرة 653

أ — صاحب المصنع ،فهو يعرف جيدا من هم الأشخاص الذين تزعجهم أصوات آلاته القوية ودخان معمله والروائح الكريهة المنبعثة منه ، فيتعاقد معهم لقاء منفعة يتعهد لهم بها على أن يبرؤوا ذمته من المسؤولية المترتبة عن ذلك .

ب — أصحاب الحيوانات التي يتركونها ترعى مع بعضها ،فيعفي بعضهم البعض من المسؤولية المترتبة عن الأضرار التي تقع على حيوانات بعضهم من قبل حيوانات البعض الآخر (1) .

2 — ان القول بأن المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام هو قول غير صحيح ،اذ أنه يجب أن نميز ما بين الالتزام والمسؤولية،سواء في المجال التعاقدي أو في المجال التقصيري ،اذ أن القانون لما يفرض واجبا وهو عدم الاضرار بالغير، فيعتبر هذا الواجب من النظام العام ،لكن هذا لا يعني أبدا أن المسؤولية المترتبة عن الاخلال به تعد من النظام العام .

وعلى ذلك يجب البحث فيما اذا كانت المسؤولية المترتبة عن الاخلال بهذا الواجب هي التي تعتبر من النظام العام أم لا ؟

ان المادة 1382 التي تنظم المسؤولية التقصيرية — تقضي بأن كل خطأ تقصيري أو شبه تقصيري يرتب مسؤولية مرتكبه،ولا يمكن أن يفهم منها أبدا أن الاتفاق الذي يقضي بخلاف ذلك يكون مخالفا للنظام العام؛ومن ثم يجب الحكم ببطلانه (2)

---

(1) — جورج سيوفي : المرجع السابق فقرة 361
— مازو : المسؤولية المدنية ج 3 فقرة 2567
— بوريس ستارك : المرجع السابق فقرة 990

(2) — الدسوقي : المرجع السابق فقرة 138

بالاضافة الى ذلك هناك كثير من اتفاقات الاعفاء من المسؤولية لا يكون فيها النظام العام ممسوسا أصلا كالاتفاق الذي يرمي الى اعفاء صاحب المحمل من المسؤولية المترتبة عن الأضرار التي تقع لجيران محمله من الروائح المكريهة المنبعثة منه وذلك مقابل بعض المنافع يتعهد لهم بها (3)

وبذلك ينتهي هذا الرأي الى القول بأنه لا يوجد هناك أي مبرر يدعو الى الحكم ببطلان الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية التقصيرية ، ومن ثم يجب الحكم بصحته في حدود الأخطاء اليسيرة على غرار ما فعلنا بالشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية العقدية .

وفي الحقيقة أرى أنه يجب أن نفرق ما بين الحالة التي يكون فيها سابق معرفة بين من ستنشأ بينهما المسؤولية التقصيرية وبين الحالة التي يكون فيها بينهما هذه المعرفة .

ففي الحالة الأولى لا مجال للتحدث عن الاتفاق الرامي الى الاعفاء من المسؤولية التقصيرية لأن طرفي الاتفاق لا يعرف بعضهما البعض ، فكل اتفاق يكون بينهما انما يكون بعد ترتب المسؤولية وفي هذه الحالة لا يعتبر هذا الاتفاق – شرط اعفاء من المسؤولية – وانما يعتبر صلحا .

بينما في الحالة الثانية حيث أن المسؤول والمضرور المحتملين يعرفان بعضهما البعض ، فان اتفاقهما الذي يرمي الى اعفاء أحدهما من المسؤولية المترتبة عن الفعل الضار الصادر منه لا يختلف في قليل ولا كثير عن الاتفاق الذي يرمي الى الاعفاء من المسؤولية العقدية ، اذ في كليهما :

---

(3) مازو : المرجع السابق فقرة 2572

- مرتكب الفعل الضار معروف سلفا
- نوع الضرر معروف سلفـــــا
- المضرور معروف كذلـك سلفــا

ومن ثم يجب أن نعامل الاتفاق الرامي الى الاعفاء من المسؤولية التقصيرية نفس المعاملة التي نعامل بها اتفاق الاعفاء من المسؤولية العقدية ،ولا مجا ل للاعتراض على ذلك بأن هذا الشرط فيه مساس بالنظام العام؛اذ أن المضـــرور لما اتفق مع المسؤول على اعفائه من المسؤولية المترتبة عن فعله انما اتفق معــه فقط على تلك الأفعال التي تصدر منه عن غير عمد ،فهو بذلك لم يتركه يحـدث له أضرارا بمحض ارادته حتى ننتهي الى القول بأن ثمة مساس بالنظام العام .

ولذلك أرى أنه لا يوجد هناك أي مبرر يدعو المشرع الجزائري الى التفرقة بين شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية ،وشرط الاعفاء مـــن المســـؤوليــة العقـــدية من حيث مدى صحتهما ،والحل عندي أن نحكم بصحة شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية المترتبة عن الأخطاء الشخصية أو عن أخطاء الغير وذلـك فقط في حدود الأخطاء اليسيرة دون الغش أو الأخطاء الجسيمة أو الأضـرار الجسمانية وذلك على نحو رأينا بالنسبة لصحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية .

الفصل الثاني

أثر شرط الاعفاء من المسؤولية

ان شرط الاعفاء من المسؤولية ، اما أن يكون صحيحا ، واما أن يـــكون باطلا ، وذلك حسب نوع الخطأ الذي يمكن أن يغطيه ،ومن ثم فان الأثر الذي يترتب عليه يكون تبعا لمدى صحته من بطلانه .

ولذلك فسوف نتناول أثر الشرط بالنسبة للحالتين ــ حالة الصحة وحالـــة البطلان ــ وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : اتناول فيه أثر الشرط الصحيح

المبحث الثاني : اتناول فيه أثر الشرط الباطل

المبحث الأول

أثر الشرط الصحيح

يترتب على الشرط الصحيح نوعان من الأثر :

النوع الأول : ما بين المتعاقدين

النوع الثاني : بالنسبة للغيـــر

وهذان النوعان من الأثر هما اللذان سأتناولهما في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : أثر الشرط الصحيح بالنسبة للمتعاقدين

الفرع الثاني : أثر الشرط الصحيح بالنسبة للغيـــر

الفرع الأول : أثر الشرط الصحيح بالنسبة للمتعاقدين :

نبحث في هذا المطلب عن الأثر الذي رتبه التشريع والقضاء عن الشرط الصحيح ، فهل يعفى المستفيد منه من كل المسؤولية المترتبة على عاتقه، وبالطبع في حدود الأخطاء التي يمكن للشرط تغطيتها ، أم أن له أثرا غير هذا ؟

هذا السؤال في الواقع هو الذي نحن بصدد بحثه ، وعليه فسوف نتناوله في نقطتين :

النقطة الأولى : نتناول فيها الأثر الذي رتبه التشريع عن الشرط الصحيح .

النقطة الثانية : الأثر الذي رتبه القضاء عن الشرط الصحيح بالنسبة للمتعاقدين

I الأثر الذي رتبه التشريع عن الشرط الصحيح بالنسبة للمتعاقدين :

في التشريع الجزائري (1) وكذلك في التشريع المصري (2) متى كان شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية صحيحا فانه يرتب أثره الكامل بالنسبة للمتعاقدين . فيعفي المستفيد منه من أية مسؤولية تترتب عن اخلاله بالتزامه ، وذلك بالطبع في حدود الأخطاء التي يمكن أن يغطيها قانونا .

أما التشريع الفرنسي فلم يرد فيه نص نستنتج منه نوع الأثر الذي رتبه عن الشرط الصحيح بين المتعاقدين . لذلك لا مناص من الرجوع الى أحكام القضاء الفرنسي لمعرفة الأثر المترتب عن الشرط الصحيح بين المتعاقدين .

---

(1) المادة 178 من القانون المدني الجزائري .

(2) المادة 217 من القانون المدني المصري : " قبل صدور هذا القانون يعني قبل سنة 1949 كان القضاء المصري كذلك في نفس الاتجاه . فقد ورد في حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة بالاسكندرية [illegible] وإن قصر أثر شرط الاعفاء من المسؤولية على قلب عبء الاثبات هو تفسير تحكمي وعلى المحاكم — تطبيقا لمبدأ احترام الاتفاقات — أن ترتب على الشرط المقبول أثره الكامل ما دام لا يخالف نصا في القانون ولا النظام العام " (عن ابراهيم مكي ابراهيم دعوى المسؤولية على الناقل البحري ط 1973 فقرة 224) .

ثالثا: الأثر الذي رتبه القضاء عن الشرط الصحيح بالنسبة للمتعاقدين :

لم ترتب محكمة النقض الفرنسية عن الشرط الصحيح أثره الكامل المتمثل في اعفاء المستفيد منه من كل مسؤولية ،وانما رتبت عنه أثرا جد محدود يتمثل في قلب عبء الاثبات (1) .

فبعد أن كان المدين هو الذي يقع عليه عبء اثبات أن عدم التنفيذ راجع الى سبب لا يد له فيه ،أصبح الدائن نتيجة شرط الاعفاء من المسؤولية هو الذي يقع عليه هذا العبء

ولم تورد محكمة النقض الفرنسية عن هذا الأ ثر المحدود الذي أعطته للشرط الصحيح الا استثناء واحدا يتعلق بشرط الاهمال؛وهو الشرط الذي يضعه الناقلون البحريون ويعفون بموجبه أنفسهم من المسؤولية المترتبة عن أخطاء الربان والمستخدمين البحريين .

---

(1) فقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية صدر في 18 فبراير 1919 ومنشور في سيري 1920 _ 1 _ 27 أن الناقل البري للركاب في حالة وجود شرط الاعفاء من المسؤولية لايكون مسؤولا عن التأخير الا اذا أثبت أحد الركاب أن ذلك التأخير راجع الى خطأ ولو يسير من شركة النقل "
_ في نفس الاتجاه نقض مدني 9 نوفمبر 1915 د 1921_ 1_ 23

la clause par laquelle un depositaire s'exonère de toute responsqbilité à raison des accidents qui surviendraient aux marchandiees deposées dans ses magazins obligé le déposant à faire la preave d'une faute commiscpar le dépositaire ou bien par ses agents "

وكذلك في نفس الاتجاه مدني 18 _ 1 _ 1933 دالوز 33 _ 125
وان محكمة النقض الفرنسية لم تعدل من موقفها هذا الا مؤخرا حيث أصبح يفهم من بعض أحكامها أنها بدأت تجيز شرط الاعفاء من المسؤولية عن الاخطاء اليسيرة،وبذلك تكون قد أعطت للشرط أثره الكامل (نقض مدني 3 أوت 1948 . قازيت دي باليه 1948 _ 2 _ 220 _ ونقض 6 جويلية 1955 ق . ب 1955 _ 2 _ 253)

وبهم هذا الأثر المحدود، والأسباب التي دعت بالقضاء الى ترتيبه من سنة 1824 الى بداية الخمسينات؛ وفهم الاستثناء ومبرراته ، سنبحث تباعا :

1 ـ قلب عبء الاثبات ومبرراته .

2 ـ الاستثنـــــاء ومبرراته .

1 ـ قلب عبء الاثبات ومبرراته :

هناك من الفقهاء من حاول تبرير موقف القضاء الآنف الذكر. ولكن محاولاته لم تسلم من النقد . لذلك سنتعرض لهذه التبريرات المختلفة الواحدة تلو الأخرى ، والنقد الموجه لكل تبرير وختمها جميعا بتعقيب اجمالي عليها، وذلك على النحو التالي:

أ ـ التبريرات المختلفة لقلب عبء الاثبات .

ب ـ التعقيب الاجمالي على هذه التبريرات.

أ ـ التبريرات المختلفة لقلب عبء الاثبات :

سنتعرض لهذه المبررات، والحجج المستند عليها، والنقد الموجه لكل تبرير .

ـ التبرير الأول : يقول به أنصار جواز الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية مثل السنهوري وبلانيول (1) ... وقد تمثل في القول بأنه يترتب عن الاخلال بالالتزام التعاقدي نوعان من المسؤولية : المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، وهاتان المسؤوليتان تقومان في نفس الوقت ، فاذا ما غابت الأولى نتيجة اتفاق بين المتعاقدين، بقيت المسؤولية التقصيرية سالمة لأنها من النظام العام ولا يمكن لأي اتفاق أن يبعدها .

---

(1) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ص 761

-Planiol (Marcel) note DALLOZ 1907 - 2 - 97

يرى الأستاذ مازو أن هذا التبرير يرتكز على افتراضين :

ـ الافتراض الأول : اجتماع المسؤولية العقدية والتقصيرية معا .

ـ الافتراض الثاني : اعتبار المسؤولية التقصيرية من النظام العام .

وقد رد على الافتراض الأول بقوله : لا توجد بين المتعاقدين الا مسؤولية واحدة هي المسؤولية العقدية،ذلك أن الخطأ الذي يثبته الدائن ليستفيد من شرط الاعفاء من المسؤولية هو دائما خطأ عقدي صرف (1) .

ويقول الأستاذ اسمان في معرض نقده لهذا الافتراض أنه لما أكون قد واعدت بحفظ شيء عندي أو بنقله الى مكان آخر،وضاع هذا الشيء أو تلف فان المسؤولية أمام عيني عقدية ولو في حالة اثبات خطأ بجانب المدين،لأنه ليس هناك من يعترض على نوع المحكمة المختصة أو عن مدة التقادم المطبقة ،وليس للتخلص من قواعد الاختصاص وتقادم الدعوى العقدية من سبيل غير سبيل الاثبات بأن الفعل الذي سبب تلك الأضرار هو فعل خارج عن دائرة العقد (2) .

ولذلك نقول أنه قد جانب الصواب من يقول ببقاء المسؤولية التقصيرية حين ابعاد المسؤولية العقدية،لأن الخطأ الذي يثبته الدائن بجانب المدين هو خطأ عقدي ،ومن ثم فمن غير المعقول أن نطبق على هذا الخطأ أحكام المسؤولية التقصيرية،لأن هذه الأخيرة ينحصر نطاق تطبيقها على الأخطاء التقصيرية دون غيرها

بالنسبة للافتراض الثاني المتمثل في اعتبار المسؤولية التقصيرية من النظام العام ومن ثم لا يمكن لأي اتفاق أن يبعدها ، فقد رد عليه أن المسؤولية التقصيرية لا تعتبر في كل الفروض من النظام العام ،ذلك أن هناك التزامات لا تمس أصلا النظام العام كتلك التي تتعلق بمصالح الأفراد المالية ولا تمس المجتمع في شيء،ومثلها الالتزامات التي يفرضها القانون على الشخص رعاية لمال غيره،وهذه على خلاف الالتزامات التي يفرضها القانون لسلامة الغير فهذه الأخيرة بالفعل فيها مساس بالنظام العام .

---

(1) مازو وتنك : المسؤولية المدنية ج 3 فقرة 2545

(2) اسمان : المجلة الفصلية للقانون المدني 1926 ص 320

وزيادة على ذلك فانه حتى على فرض التسليم باجتماع المسؤوليتين،فـان الشرط يبحدهما مع بعض المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ،لأن هذه الأخيرة ليست دائما من النظام العام على النحو الذي رأينا (1) .

وهكذا نرى عدم ثبات هذا التبرير أمام النقد ،ومن ثم فهو لا يصلح لأن يكون أساسا لتفسير موقف القضاء الفرنسي من الشرط الصحيح والمتمثل في قلب عبء الاثبات .

ـ التبرير الثاني : للأستاذ روبينو

يتمثل هذا التبرير في القول بأنه يعتبر مخالفا للأخلاق وللنظام العام (في المسؤولية العقدية كما في المسؤولية التقصيرية) أن يعفي الشخص نفسه من تعويض الأضرار المترتبة عن خطئه ،وان هذه الفكرة هي التي كانت فارضة نفسها طيلة الأرباع الثلاث الأولى من القرن التاسع عشر،وهي التي دفعت بمحكمة النقض الفرنسية لأن ترفض لشرط الاعفاء من المسؤولية أي أثر يذكر (2) .

فاذا كان هذا القول صحيحا،فكيف نفسر المنعطف الجديد في هذا القضاء ابتداء من سنة 1874،حيث أصبح يعطي للشرط أثرا محدودا يتمثل في قلب عبء الاثبات (3) .

يحلل ذلك الأستاذ روبينو على أساس أن نظام المسؤولية لا يرتكز فقط على الخطأ ،ولكن يحمل أيضا فكرة الضمان ،ذلك أن المدين لا يستطيع أن ينفي مسؤوليته الا اذا أثبت السبب الأجنبي كأساس لعدم التنفيذ ،ويعني ذلك بكل وضوح تحمله لمخاطر الأسباب الغير المعروفة التي أدت الى عدم التنفيذ ، وبذلك

(1) مازو وتنك : المسؤولية المدنية فقرة 2547 .
(2) ـ نقض مدني 26 جوان 1859 دالوز 1859 ـ 1 ـ 66
ـ نقض مدني 24 أبريل 1865 سيري 1865 ـ 1 ـ 215
(3) ـ نقض مدني 18 جويلية 1874 دالوز 1876 ـ 5 ـ 84
ـ نقض مدني 9 نوفمبر 1915 دالوز 1921 ـ 1 ـ 23

يظهر لنا أنه ليست فكرة الخطأ هي التي دخلت في الميدان ،ولكن فكرة ضمان الدائن ،ومن هنا فليس ثمة ما يمنع الدائن من أن يتحمل بدل مدينه هذه المخاطر المستندة الى أسباب غير معروفة ، وبذلك تكون محكمة النقض لم تفعل أكثر من تسجيل شرعية الاتفاق اذا تعلق بالضمان المستحق للدائن ،وبعدم شرعيته اذا كان يرمي الى تغطية الفعل الخاطيء (1) ، لأنه في هذه الحالة الأخيرة يكون مخالفا للأخلاق .

من خلال ما ذكرنا يتضح لنا أن الأستاذ روبينو يفسر لنا موقف القضاء الفرنسي من الشرط الصحيح على أساس المسؤولية الأخلاقية ،وذلك أن ترك المدين يتخلص من مسؤوليته عن أي فعل خاطيء صادر منه ،معناه فتح الباب لانتهاك قواعد الأخلاق .

ـ النقد : ان هذا التفسير غير سليم لأنه وفقا للمباديء التقليدية لعلم الأخلاق لا تقوم المسؤولية الأخلاقية الا في حالة صدور الفعل الضار من الشخص عن قصد أو على الأقل عن علم بما سيترتب عن مسلكه من أضرار . وفي الحالة العكسية ،بمعنى حالة صدور الفعل الضار عن خطأ اهمال مجرد عن أي قصد سيء ، فان المسؤولية الأخلاقية لا تقوم ،وانطلاقا من هذا كيف نقول أنه يعتبر مخالفا للأخلاق أن يعفي الشخص نفسه من تعويض الأضرار الناجمة عن أخطائه ،فاذا صح هذا القول فانما يصح فقط بالنسبة للأخطاء العمدية وما يلحق بها كالخطأ الجسيم ولا يصح بالنسبة لما دون ذلك من الأخطاء كالأخطاء اليسيرة (2) .

---

(1) روبينو : المجلة الفصلية للقانون المدني 1951 ص 11 و ص 12 .

(2) انظر في هذا المعني : بول اسمان : المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1926 ص 323 و 324 .

- التبرير الثالث : للفقيه ديموج :

يرى هذا الأستاذ أن سبب تبني القضاء الفرنسي لمبدأ قلب عبء الاثبات كأثر للشرط الصحيح للاعفاء من المسؤولية يرجع الى رغبة القضاء الفرنسي في حفظ الناس من عقود الاذعان كتلك التي تبرمها الشركات الكبرى ذات الاحتكار الفعلي مع الركاب وتملي عليهم شروطها دون أن يستطيعوا مناقشتها (1) .

- النقـد : ان صح هذا التفسير فانما يصح فقط لنوع معين من العقود هي عقود الاذعان ،أما باقي العقود فهو بالنسبة لها تفسير غير صحيح (2) ، وما أكثر هذه العقود من الناحية العملية .

- التبرير الرابع : للفقيه فان رين :

ان القضاء الفرنسي بتبنيه هذا الأثر الضيق الذي أعطاه للشرط ، يريد أن يحل الالتزام ببذل عناية محل الالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية ، ذلك أن المسؤولية تتحقق في هذا النوع الأخير من الالتزام بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة ، ولا يستطيع المدين نفيها الا باثبات السبب الأجنبي كالحادث المفاجيء أو القوة القاهرة ، ولكن وجود شرط الاعفاء من المسؤولية في هذا النوع من الالتزام يجعله معفى من هذا الاثبات ، ويبقى له فقط أن يثبت أنه بذل كل ما في وسعه لتنفيذ التزامه ، وعلى دائنه من جهة أخرى أن يثبت خطأ بجانبه فاذا ما استطاع ذلك قامت مسؤوليته رغم وجود الشرط .

وهكذا نرى أن دور شرط الاعفاء من المسؤولية يقتصر فقط على قلب الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة الى التزام ببذل عناية (3) .

---

(1) ديموج : الالتزامات الجزء الخامس فقرة 1196 .
(2) مازو وتنك : المسؤولية المدنية ج 3 فقرة 2547 هامش 5 .
(3) مازو وتنك : المرجع السابق فقرة 2547 .

ـ النقـد : أن هذا التفسير لا يصلح الا بالنسبة لشروط الاعفاء مـــن المسؤولية التي تدرج في العقود ذات الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة ، أمـــا بالنسبة لباقي العقود فهو غير صالح .

ـ التبرير الخامس : للأستاذ اسمان :

يرى هذا الأستاذ أن قلب عبء الاثبات يجد تفسيره في انعدام أهم ركن في وجود الالتزام،ألا وهو السبب ، ويتساءل كيف يتصور في عقد من العقـــود التبادلية أن يقبل أحد الأطراف تنفيذ التزامه في حين أن الطرف الآخر يشترط عليه عدم قيام مسؤوليته في حالة عدم تنفيذ التزامه المقابل . ألا يعتبر هذا العقد أنه قد أبرم بدون سبب ،لأنه لا يوجد لالتزام أحد الأطراف التزام مقابل من طرف الآخر .

واذا كان الأمر كذلك أفلا نطبق أحكام المادة 1131 [1] من القانون المدني الفرنسي التي تقضي ببطلان الالتزام الذي يكون بدون سبب ، فيكون بذلك العقد الذي أبرم عن هذه الطريقة باطلا ؟

يقول الأستاذ اسمان : لا ! ولكن يجب استنادا الى المادة 1156 (2) والمادة 1157 (3) أن نبحث عن نية الأطراف وأن نعطي لعبارت العقد تفسيرا ينتهي بنا الى اعطاء الاتفاق الحل الذي يمكن أن يترتب عنه بعض الآثار ، ذلك

---

(1) المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي نصها : " l'obligation sans cause , ou sur une fausse cause ou sur une cause illicité ne peut avoir aucun effet; "

(2) نص المادة 1156 : " on doit dans les conventions rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littoral des termes "

(3) نص المادة 1157 : " lorsqu'une clause est susceptible de

أن الطرفين من جهة أرادا انشاء الالتزام، ومن جهة أخرى أرادا تغيير أحكام المسؤولية التي يمكن أن تترتب في حالة الاخلال بالالتزام ، فما العمل ؟ .

ليس هناك حلا أسلم من الحل الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية والمتمثل في اعطاء شرط الاعفاء من المسؤولية أثرا محدودا ينحصر في قلب عبء الاثبات[1]

- النقد : انتقد الأستاذ مازو قول الأستاذ اسمان من أنه في حالة وجود شرط الاعفاء من المسؤولية ليس هناك سببا للالتزام ، وقال بأن لالتزام أحد الأطراف التزام مقابل من طرف الآخر رغم وجود الشرط ، فالمستفيد منه مطالب كالطرف الآخر بتنفيذ التزامه، فليس له الحرية المطلقة في التنفيذ أو عدم التنفيذ . وغاية ما في الأمر انه اذا عجز عن التنفيذ رغم ما بذل من جهد لا تقوم مسؤوليته ، وبذلك نرى أن لالتزام أحد الأطراف سبب ، هو الالتزام المقابل (2) .

ب - التعقيب الاجمالي من كل هذه التبريرات :

ان كل هذه التفسيرات التي حاول بعض الفقهاء أن يبرروا بها موقف محكمة النقض الفرنسية من شرط الاعفاء من المسؤولية هي كما رأينا كلها تفسيرات منتقدة وغير صالحة لاعطاء أساس لموقفها المتصلب طيلة قرن من الزمن ، وكفى بذلك نقدا لها .

بالاضافة الى هذا النقد الشكلي هناك انتقادات كثيرة قد وجهت الى مبدأ قلب عبء الاثبات من الناحية العملية .

---

de deux sens on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel peut avoir quelque effet , que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire effet "

(1) اسمان : المجلة الفصلية للقانون المدني 1926 ص 323 و 324 .
(2) مازو : المرجع السابق ج 3 فقرة 2540

لا يعتبر اثبات الخطأفي جانب المدين دائما أمرا سهلا،فقد يصل في بعض الفروض الى درجة يصبح فيها أمرا مستحيلا ، وذلك لانعدام المعلومات لدى الدائن عن الظروف والملابسات التي تم فيها الفصل الذي سبب له تلك الأضرار ، وأن الشخص الوحيد الملم بتلك الظروف هو المدين نفسه.فهو الذي يعرف الأسباب العلنية والخفية التي أدت الى عدم التنفيذ ، فعلى سبيل المثال لمد يسلم شخصا بضاعة الى أحد الناقلين ليوصلها له الى جهة معينة،فهو في غالب الأحوال لا يرافقها ،فأنى له أن يكون له العلم بأسباب تلفها أو ضياعها ؟ ! لكن هذا التحليل يجب ألا يدفعنا الى تبني موقف الأستاذ اسمان الآنف الذكر، وذلك باعطاء شرط الاعفاء من المسؤولية أثرا معاكسا للأثر الذي أعطاه القضاء عن طريق جعله المدين ذاته هو الذي يقع عليه عبء اثبات أنه لم يرتكب أي خطأ، وأنه تصرف بمنتهى العناية والحذر، وأنه فعل كل ما هو مطالب به ، فاذا ما تم له اثبات ذلك انتفت مسؤوليته .

في الواقع ان جعل عبء الاثبات على عاتق المدين هو أمر غير سليم لكون هذا الأخير لا يعدم حيلة في البرهنة على أنه فعل كل ما في وسعه من أجل تنفيذ الالتزام الذي تعهد به ، وحتى على فرض عكس ذلك ، بأنه لم يستطع أن يثبت أنه بذل ما في وسعه لتنفيذ التزامه ، يبقى السؤال مطروحا : ما دور اذن شرط الاعفاء من المسؤولية إذا لم يستطع أن يعفي المستفيد منه اعفاء كليا من المسؤولية المترتبة عن اهماله ؟

وهكذا نرى من خلال ما قدمناه،أنه ليس هناك أبدا ما يمنع القضاء من اعطاء شرط الاعفاء من المسؤولية أثره الكامل، فيعفي المستفيد منه من كل مسؤولية تترتب عن اخلاله بالتزامه اذا كان ذلك ناتجا عن خطأ يسير صدر منه، شريطة ألا يكون الاتفاق يرمي الى الاعفاء عن الأضرار الجسمانية ، والا كان باطلا .

2 ـ الاستثناء ومبرراته :

ان الذي دفع القضاء الى جعل شرط الاهمال (الذي يضعه الناقلون البحريون ويعفون بموجبه أنفسهم من المسؤولية عن أخطاء الربان ورجال الطاقم) كاستثناء عن قاعدة قلب عبء الاثبات التي اتبعها بشأن كل شروط الاعفاء من المسؤولية، هو رؤيته لأغلب التشريعات الأجنبية بأنها تجيز مثل هذا الشرط وتجعله يعفي الناقل من المسؤولية اعفاء كليا، فهي لما يتبنى موقفا مخالفا لها فانه بذلك يجعل مستوى التجارة الخارجية الفرنسية في مستوى أدنى من مستوى تجارة الدول الأخرى، ذلك أن الناقلين البحريين الفرنسيين لما يروا أنهم مسئولين عن تابعيهم البحريين فانهم يحجمون عن القيام بمادرات تجارية تعود بالفائدة على بلدهم، وكل ذلك خوفا من تحمل مسؤولية كبرى لا طاقة لهم بها [1].

بالاضافة الى ذلك هناك سبب آخر يرتكز عليه القضاء، هو أن الربان لا يعتبر تابعا كبقية التابعين البحريين، حيث أنه يتمتع باستقلال كبير أثناء الرحلة البحرية [2].

فاذا كان تبرير هذا الاستثناء هو على هذا النحو فلماذا لا نجعل الحل يشمل كل الحالات التي يكون فيها التابعون يتمتعون باستقلال كبير عن متبوعهم، كالتابعين الذين يعملون في المصانع وفي التجارة .

وزيادة على ذلك فان هذا التبرير الأخير غير صحيح من الناحية الواقعية؛ لأن في مقدور الناقل معرفة كل ما يحدث داخل السفينة لوجود في الوقت الحاضر وسائل الاتصالات السريعة كالبرق والتلكس واللاسلكي .

وهكذا نرى أخيرا أن هذا الاستثناء بدوره لا أساس له ولا مبرر لوجوده من الناحية القانونية والواقعية .

---

(1) مازو وتنك : المسؤولية المدنية ج 3 فقرة 2551 .

(2) عريضة 18 جوان 1918 المجلة الدولية للقانون البحري XXXI 173 :

" Le capitaine n'est pas un preposé comme autres , il echappe à toute surveillance de l'armateur.

ـ ان شرط الاهمال بعد صدور قانون 2 أبريل 1936 أصبح غير جائز الا بالنسبة لنقل الأشخاص، ونقل البضائع على ظهر السفينة ونقل الحيوانات الحية .

نخلص مما تقدم أن القضاء يجب عليه أن يعطي لشرط الاهمال نفس الأثر الذي أعطاه لغيره من شروط الاعفاء دون تخصيصه بأثر مستقل، اذ أنه كما رأينا لا مبرر لهذا التخصيص .

الفرع الثاني : أثر الشرط الصحيح بالنسبة لغير المتعاقدين :

متى كان شرط الاعفاء من المسؤولية صحيحا، فان أثره بالنسبة لغير المتعاقدين يقتضي منا التمييز بين حالتين :

– الأولى : حالة احتجاج الغير بالشرط .

– الثانية : حالة احتجاج المتعاقدين بالشرط أمام الغير .

I – بالنسبة للحالة الأولى فكما هو معروف فان شرط الاعفاء من المسؤولية هو عبارة عن اتفاق، ومن ثم فهو كسائر الاتفاقات لا يربط سوى أطرافه ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لغير الأطراف المتعاقدة الاحتجاج به .

فمثلا في عقد النقل للبضائع فان تابع الناقل في حالة سرقتها أو تلفها لا يستطيع الاحتجاج بشرط الاعفاء من المسؤولية تجاه المرسل، لأن اتفاق الاعفاء كان فقط ما بين المرسل والناقل (1) .

II – بالنسبة للحالة الثانية فانه لا يستطيع المستفيد من الشرط الاحتجاج به سوى مع من اتفق معه عليه . فمثلا في عقد النقل للركاب فان الناقل لا يستطيع الاحتجاج بالشرط أمام أقارب أحد الركاب الذي لقي مصرعه في احدى الحوادث اذا ما تصرفوا بأسمائهم الشخصية بعيدا عن دائرة العقد .

---

(1) في هذا المعنى مازوتنك : المسؤولية المدنية جـ 3 فقرة 2555 .

ويرى الأستاذ مازو [1] أنه قد يستطيع الناقل في عقد النقل للبضائع أن يحتج بالشرط أمام المرسل اليه في حالة هلاك البضائع أو تلفها، وذلك لاعتبار أن هذا الأخير قد حل محل المرسل اليه في تسلم البضاعة .

والواقع أن هذا الرأي غير صائب اذ أن هذا الشرط اتفاق كما قدمنا، ومن ثم فهو لا يربط سوى أطرافه، ومن ثم فعلى أي أساس اذن يحتج الناقل بشرط الاعفاء من المسؤولية أمام المرسل اليه الذي هو من الغير بالنسبة للشرط، لذلك نرى أن المستفيد من الشرط لا يستطيع في كل الحالات أن يحتج بالشرط سوى أمام من اتفق معه عليه .

المبحث الثاني

أثر الشرط الباطل

ان التحدث في أثر الشرط الباطل يدفعنا بالضرورة الى التمييز ما بين نوعين من الشرط :

النوع الأول : هو الذي يضعه أحد المتعاقدين ويعفي بموجبه نفسه من المسؤولية التي يمكن أن تترتب عن خطئه لكن دون أن يذكر نوع الخطأ الذي يريد أن يغطيه الشرط ، هل هو الخطأ اليسير أم هو الخطأ العمد أم هو الخطأ الجسيم؟

في بعض الأحيان يذكر الاتفاق نوعية الخطأ فيكون بعضه يجوز الاتفاق قانونا على الاعفاء منه دون بعضه الآخر، كأن يشترط أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر اعفاءه من المسؤولية المترتبة عن أخطائه اليسيرة والجسيمة في نفس الوقت .

---

(1) مازو وتنك : المسؤولية المدنية ج 3 فقرة 2556 .

النوع الثاني من الشرط : هو الذي يرمي صراحة الى الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء المحضور قانونا تغطيتها بالشرط ،كأن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر اعفاءه من المسؤولية المترتبة عن أخطائه الشخصية الجسيمة ،فهذه الأخطاء كما هو معروف محضور قانونا الاتفاق على الاعفاء منها .

والسؤال المطروح : هل في هذين الافتراضين المذكورين ، الشرط وحده هو الذي يبطل،أم يبطل معه كذلك العقد .

والاجابة عن هذا السؤال تختلف باختلاف نوعية الشرط ، فبالنسبة للنوع الأول أي كما يأتي الشرط عاما دون ذكر نوع الخطأ الذي يريد أن يغطيه ،فان الشرط يعتبر صحيحا بالنسبة للأخطاء اليسيرة،وباطلا بالنسبة للغش أو الأخطاء الجسيمة ،أما العقد فيبقى قائما ولا يتأثر بهذا البطلان (1) . ولقد تبنى القضاء الفرنسي هذا الحل بالنسبة للنقل الجوى (2) قبل صدور القانون المنظم له في مارس 1957 .

بالنسبة للنوع الثاني من الشرط وهو الذي يرمي صراحة الى الاعفاء عن الأخطاء المحضور قانونا تغطيتها بواسطة الاتفاق ، فحسب المادة 178 / 2 من القانون المدني يبطل الشرط بطلانا مطلقا ، لكن هل يمتد هذا البطلان الى العقد فيعتبر كذلك باطلا ؟

ان المادة 178/ 2 لا يفهم منها أبدا أن بطلان الشرط يؤدي الى بطلان العقد كله ، لذلك لا بد من البحث عن مستند آخر .

---

(1) في هذا المعنى : ـ فيليب لتورنو : المسؤولية المدنية فقرة 299 .
ـ لالو هنري : المسؤولية المدنية فقرة 299 .

(2) ـ نقض مدني 12 ماي 1930 دالوز 1930 ـ 345 .
ـ نقض مدني 18 جويلية 1937 دالوز 1937 ـ 113 .

تقضي المادة 205 من القانون المدني الجزائري : " أن الالتزام لا يكون قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام موقوفا على محض ارادة الملتزم .

يفهم من هذه المادة أن الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية عن الخطأ العمد يعني أساسا تعليق الالتزام على شرط ارادي محض. لذلك يجب الحكم ببطلانه، لأن المادة تقول ان الالتزام المعلق على شرط واقف يجعل وجوده موقوفا على محض ارادة الملتزم) يكون التزاما غير قائم . وما على المضرور في هذه الحالة للمطالبة بالتعويض الا الرجوع الى أحكام المسؤولية التقصيرية لأن العقد أصبح باطلا .

هل هذا الحل الذي انتهينا اليه يمتد كذلك ليشمل الخطأ الجسيم ؟ .

نبحث في الشرط ذاته هل هو الدافع الى التعاقد أم لا ؟ فاذا كان هو الدافع الى التعاقد؛ نبطل العقد والشرط معا ؛ والا نبطل فقط الشرط ونبقي على العقد وهذا تطبيقا لنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري، والذي جاء فيها : " اذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل الا اذا تبين أن العقد كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا " (1) .

(1) ان القضاء الفرنسي يبطل الشرط والعقد معا في حالة الخطأ الجسيم ، وما على المضرور للمطالبة بالتعويض الا الرجوع الى أحكام المسؤولية التقصيرية وهذا ما قضت به محكمة النقض في حكم صدر لها في 2 أوت 1950 (د . 1951 ـ 581) بشأن عقد أبرم بين مروضة للحيوانات في سيرك وصاحب السيرك حيث أن هذا الأخير اشترط عدم مسؤوليته عن الأخطاء الجسيمة . فأبطلت المحكمة الشرط والعقد معا، وقبلت تأسيس مسؤولية صاحب السرك على المادة 1382 الخاصة بالمسؤولية التقصيرية .

نص الحكم : *Dans le contract intervenu entre l'exploitant d'un cirque et une dompteuse, la clause de non resp stipulée par le cirque est à bon droit déclarée nulle comme éxonérant celui-ci de ses fautes lourdes*
Par suite, en cas d'accident survenu à la dompteuse au cours d'un numéro de dressage de fauves est légalement justifiée la décision qui admet l'artiste blèsse à fouder son action en dommage interêt, non sur le contrat mais sur l'act 1382 .

ـ يرفض الأستاذ في تعليقه على هذا الحكم ما ذهبت اليه محكمة النقض من بطلان الشرط والعقد معا ويرى وجوب بطلان الشرط دون العقد الذي يبقى قائما .

ـ ومن هذا الرأي : الأستاذ كابتان في تعليقة في دالوز 1928 ـ 1 ـ 25) .

القسم الثاني

التطبيقات المختلفة
لشرط الاعفاء من المسؤولية

عرفنا في القسم الأول الحالات التي يعتبر فيها الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية صحيحا ، والحالات التي يعتبر فيها باطلا ، كما عرفنا الآثار المترتبة عنه في حالتي الصحة أو البطلان ، وفي هذا القسم سنبحث عن مدى التزام التشريع الجزائري ، وكذلك التشريع المقارن بهذه القواعد .

وبما أن المسؤولية المدنية على غرار ما أوردناه في النظرية العامة تنقسم الى مسؤولية عقدية ، ومسؤولية تقصيرية ، فسوف نفرد لكل نوع فصلا خاصا .

الفصل الأول : نخصصه لتطبيقات الشرط في المسؤولية العقدية ، وفيه سنستعرض بعض العقود التي تناولها التشريع الجزائري ، وكذلك التشريع المقارن ، بقواعد مستقلة عن القواعد العامة لنرى مدى التزامها بما أورداه من أحكام بشأن الشرط بالنسبة لهذه العقود ، والمبررات النظرية والعملية في حالة مخالفتهما لها .

الفصل الثاني : نخصصه لتطبيقات شرط الاعفاء في مجال المسؤولية التقصيرية ، وفيه سنتعرض لحالتين ثار بشأنهما جدال فقهي ، لذهاب بعض الأحكام القضائية الفرنسية الى الحكم بصحة الشرط فيهما ، مخالفة بذلك ما قررته في القواعد العامة من أحكام ، من أن المسؤولية التقصيرية لا يجوز الاتفاق على الاعفاء منهما .

الفصل الأول

تطبيقات شرط الاعفاء على المسؤولية العقدية

لا أتناول في هذا الفصل تطبيقات شرط الاعفاء من المسؤولية بالنسبة لسائر العقود التي تناولها المشرع الجزائري بقواعد خاصة مستقلة عن القواعد العامة؛ وانما أكتفي فقط بتلك التي تعتبر من جانب/من العقود الأكثر شيوعا من الناحية العملية ،ومن جانب آخر من العقود التي قلما تخلو من ادراج شرط الاعفاء من المسؤولية فيها .

وعلى ذلك سوف أتناول شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية بالنسبة لثلاثة عقود أساسية هي : عقد النقل - عقد البيع - عقد المقاولة . وسأخصص لكل عقد من هذه العقود الثلاثة مبحثا خاصا به .

المبحث الأول

عقد النقل

يقتضي عقد النقل - من خلال التعريف الذي أعطاه له المشرع الجزائري (1) - نقل شخص أو شيء ما من مكان الى آخر قد تم تعيينه من طرف المتعاقدين ،وان الناقل للقيام بهذه المهمة يستعمل وسيلة من وسائل النقل المعروفة،والتي قد تكون في حالة النقل البري حافلة أو قطارا ،وفي حالة النقل البحري زورقا أو سفينة ، وفي حالة النقل الجوي طائرة .

(1) - المادة 36 من القانون التجاري الجزائري : "عقد النقل عقد يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل الثمن أو يتولى بنفسه نقل الشخص أو الشيء الى مكان معين ،

ونتيجة هذا التنوع في الوسيلة التي يتم بها النقل ،اختلفت من ثم الأحكام القانونية المطبقة على عقد النقل ، فتكون الأحكام القانونية المطبقة على النقل البري هي غيرها المطبقة على النقل الجوي ، والأحكام التي تطبق على هذا الأخير هي غيرها التي تطبق على النقل البحري ، وهكذا . .

ويمكن ارجاع هذا التنوع في الأحكام الى اختلاف ظروف النقل من حيث خطورتها وصعوبتها من نقل الى آخر ، فنقل البضائع والأشخاص على سبيل المثال قد يظهر أقل خطورة في حالة النقل البري منه في حالة النقل البحري أو الجوي ، وعلى ذلك نجد المشرع الجزائري لم يعالج هذه الأنواع الثلاثة من النقل بقواعد موحدة ،وانما عالج كل نوع بقواعد خاصة ومستقلة (1) .

لذلك فانه من الضروري أن أخصص فرعا مستقلا لكل نوع من الأنواع الثلاثة من النقل ، وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول : أخصصه للنقل البري .

الفرع الثاني : أخصصه للنقل الجوي .

الفرع الثالث : أخصصه للنقل البحري .

---

(1) ـ قد عالج النقل البري من المادة 36 الى المادة 77 من التقنين التجاري وعالج النقل الجوي بقانون خاص رقم 34 ـ 166 والمؤرخ في 27 محرم 1384 الموافق لـ 8 يونيو 1964 .
وعالج النقل البحرى بقانون خاص صدر بأمر رقم 76 ـ 80 بتاريخ 23 أكتوبر سنة 1976 والمنشور بالجرية الرسمية النسخة العربية رقم 29 من السنة 14 الصادر في 10 أبريل 1977 .

الفرع الأول : شروط الاعفاء من المسؤولية في حالة النقل البري :

قد فرق المشرع الجزائري في تنظيمه لعقد النقل البري بين نقل الأشياء ونقل الأشخاص،وعالج كل نوع من هذين النوعين من النقل بأحكام خاصة ، فخصص المواد من 61 الى 74 من التقنين التجاري لتنظيم نقل الأشياء،والمواد من 61 الى 74 من نفس التقنين لتنظيم نقل الأشخاص،وجعل أحكام المواد من 75 الى 77 مشتركة بالنسبة للنوعين من النقل .

وتبعا لهذه التفرقة التي اتبعها المشرع في تنظيمه لعقد النقل البري فانه من الضروري أن أتناول شرط الاعفاء من المسؤولية وفقها ، فأعالجه في مطلبين :

المطلب الأول : أجعله لشرط الاعفاء من المسؤولية في الحالة التي نكون فيها بصدد نقل الأشياء .

المطلب الثاني : أجعله لشرط الاعفاء من المسؤولية في الحالة التي نكون فيها بصدد نقل الأشخاص .

المطلب الأول : شرط الاعفاء من المسؤولية — وحالة النقل البري للأشياء :

تقوم مسؤولية ناقل الأشياء قبل الشاحنين — وفق ما ورد في المادة 47 من القانون التجاري الجزائري (1) — لما يحصل أي ضياع أو تلف للبضاعة المسلمة اليه لنقلها الى المكان المتفق عليه ، وسيان أن يكون هذا الضياع أو التلف كليا أو جزئيا . كما تقوم أيضا لما يحصل أي تأخير في تسليم البضاعة للمرسل اليه .

---

(1) نص المادة 47 : " يعد الناقل مسؤولا من وقت تسلمه الأشياء المراد نقلها عن ضياعها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخير في تسلمها " .

ويبقى الناقل مسؤولا في هذه الحالات المذكورة في المادة 47 الآنفة الذكر حتى يثبت أن سبب الضياع أو التلف أو التأخير راجع الى سبب لا يد له فيه،كأن يكون القوة القاهرة،أو عيب خاص بالشيء،أو خطأ منسوب للمرسل أو المرسل اليه ، فهنا تنتفي مسؤوليته كلية ،وهذا ما أشارت اليه المادة 48 من التقنيــن التجاري الجزائري (1) .

بالنسبة للأشياء التي تنقص كيلا أو وزنا أثناء نقلها فقد أعفى المشــرع الجزائري الناقل من المسؤولية المترتبة عن ذلك في حدود ما جرى العرف بالتسامح فيه ، أما ما تجاوز ذلك فهو مسؤول عنه (2) .

تلك هي اذن الحالات القانونية التي يعفى فيها الناقل من مســــؤوليته أمام الشاحنين .

والسؤال المطروح هو أليست هناك حالات أخرى ناشئة عن طريق الاتفـاق يعفى فيها الناقل من مسؤوليته وذلك بادراج شرط الاعفاء من المسؤولية في وثيقـة الشحن ؟

وقبل التعرض لموقف التشريع في الجزائر بشأنها سنتعرض للموقف في فرنسا ، ثم مصر فلبنان ،وذلك لفهم أعمق للمسألة .

---

(1) نص المادة 48 : " يمكن اعفاء الناقل من مسؤوليته الكلية أو الجزئية مــن جراء عدم تنفيذ التزاماته والاخلال أو التأخير فيها، وذلك عند اثبات القـوة القاهرة أو عيب خاص بالشيء أو الخطأ المنسوب للناقل أو المرسل اليه " .

(2) نص المادة 51 من التقنين التجاري الجزائري : " اذا كانت الأشيــــاء المنقولة مما تنقص وزنا أو كيلا على العموم من جراء النقل فيضمن الناقـــل فقط مقدار النقص الزائد كما جرى العرف بالتسامح فيه " .

1- الموقف في فرنسـا :

كان القضاء الفرنسي في أول أمره لا يعترف بشرط الاعفاء من المسوءوليـة اطلاقا ، فكان يحكم ببطلانه في سائر الحالات (1) بحجة أن الشرط مخالف للنظام العام (2) .

وقد تعرض هذا القضاء لنقد شديد :

أولا : لكونه يتعارض أصلا مع مبدأ الحرية التعاقدية، والذي يعتبر من أهم المبادىء التي صاحبت قيام الثورة الصناعية في فرنسا .

ثانيا : لكونه يوءدي الى احداث شلل كبير في موءسسات النقل، اذ أن هذه الأخيرة لما ترى آن مسوءوليتها تترتب في أغلب الأحوال عن أي فقد، أو تلـف للبضائع المشحونة، أو عن أي تأخير في تسليم البضاعة، فانها تحجم عن القيام بعمليات النقل .

قد دفع هذا النقد الشديد بالقضاء الى احداث تعديل طفيف في موقفه الآنف الذكر، فأصبح يعطي لشرط الاعفاء من المسوءولية بعض الأثر يتمثل في قلب عبء الاثبات ، فمقتضاه اذا أراد المرسل أو المرسل اليه أن يتخلص من الشرط، فما على أحدهما أو كليهما الا القيام باثبات خطأ بجانب الناقل ، فاذا ما فعلا ذلك قامت مسوءولية هذا الأخير (3) .

---

(1) ـ تمييز فرنسي 26 / 3 / 1860 . دالوز 1860 ـ 1 ـ 269 "*Les voituriers ou les entrepreneurs de voitures ou de roulage ne peuvent stipuler qu'ils ne soient pas responsables de leurs fautes ou de celles de leurs préposés*" .

ـ في نفس الاتجاه : نقض مدني 26 جوان 1859 د 1859 ـ 1 . 66 .

ـ نقض مدني 24 أبريل 1865 ـ سيري 1865 ـ 1 ـ 215 .

(2) ـ في هذا المعنى : مصطفى كمال طه الوجيز في القانون التجاري ط1 ـ فقرة 487

ـ ادوار عيد : العقود التجارية وعمليات المصارف 1968 ف 130

(3) ـ نقض فرنسي 4 فبراير 1874 دالوز 1874 ـ 1 ـ 305

انظر نص الحكم في ص ، فقرة .

في هذا المعنى : مصطفى كمال طه : المرجع السابق فقرة 487

لم يسلم أيضا هذا التعديل الجديد من النقد، اذ أنه يضر بمصالح الشاحنين فالبضاعة طوال فترة النقل تكون بيد الناقل ،أما الشاحنون فتنعدم اطلاقا مراقبتهم لها ،ومن ثم يكونون في جهل تام للظروف التي تم فيها التلف أو الهلاك،الأمر الذي يجعلهم في عجز كامل عن اثبات خطأ الناقل،اذ أن هذا الأخير هو وحده القادر على معرفة سبب التلف أو الهلاك ، وعلى هذا فان الناقل دائما تنتفي مسؤوليته

قد دفع هذا الوضع بالشاحنين الى اعلان ثورتهم على شرط الاعفاء من المسؤولية الذي يضعه الناقلون ، مما دفع بالمشرع الفرنسي الى التدخل لوضع حد حاسم وفاصل للمسألة ،فأصدر قانونا في 17 مارس 1905، والذي بمقتضاه أضاف الى المادة 103 من القانون التجاري فقرة جديدة تقضي ببطلان شرط الاعفاء من المسؤولية في عقد النقل البري عند هلاك أو تلف البضاعة، سواء أدرج الشرط في تذكرة النقل أو في أي وثيقة أخرى .

وقد أطلق على هذا القانون اسم قانون رابيه نسبة الى مقترحه .

وقد وردت على هذا القانون عدة ملاحظات نذكر منها :

أولا : أنه لا يسري على نقل الأشخاص،اذ أنه كما هو معروف كل اتفاق يمس أمن وسلامة الركاب يكون باطلا (2)

ثانيا : أنه لا يسري على عقود النقل البحرية ، وهذا ما ذهب اليه القضاء في جل أحكامه (3) .

---

(1) ـ علي حسن يونس : عقد النقل 1965 فقرة 60
ادوار عيد : المرجع السابق 1968 فقرة 130

(2) سافتيه : المسؤولية المدنية فقرة 663

(3) هنري لالو : المسؤولية المدنية فقرة 540
ـ نقض مدني 10 جانفي 1928 ق . ب 1928 ـ 1 ـ 530 : " La disposition de l'article 103 qui vise les obligations du voiturier n'est pas applicable aux trnasports maritimes" .

ثالثا : ان هذه الفقرة الجديدة مضافة الى المادة 103 المتعلقة بالمسؤولية الناشئة عن الهلاك أو التلف، بينما المادة 104 متعلقة فقط بالمسؤولية المترتبة عن التأخير ، وهذا الأمر يجعل قانون رابيه لا ينطبق الا على المسؤولية المترتبة عن الهلاك أو التلف.ومن ثم يعتبر صحيحا الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية المترتبة عن التأخير (1) .

رابعا : أنه لا يسري على النقل البري الدولي، فهو خاص فقط بالنقل البري الذي يتم داخل التراب الفرنسي (2) .

خامسا : أنه لا يسري الاعلى النقل ذي الصبغة التجارية.وعلى ذلك فهو لا يسري على الوكيل بالعمولة للنقل، الا اذا تصرف بصفته ناقلا (3) .

سادسا : أنه لا يسري على الناقل العرضي، وهو الذي لا يقوم بعملية النقل على سبيل المهنة (4) .

---

(1) ادوارعيد : المرجع السابق فقرة 130
- مصطفى كمال طه : المرجع السابق ف 487
- سافتيه : المرجع السابق فقرة 663

CHABAS (F) : Responsabilité contractuelle n° 172

(2) - لالو : المرجع السابق فقرة 540
- نقض مدني 29 فبراير 1924 د . 1924 - 186 : فقد قضت محكمة النقض بصحة شرط الاعفاء من المسؤولية بالنسبة للنقل البري للبضائع الذي يتم خارج الأراضي الفرنسية :

" La clause de non responsabilité pour les avaries aux marchandises transportées à pu être valablement insérés dans les tarifs de la compagnie des chemins de fer de l'indochine et du Yaunar"

(3) - شاباس فرنسوا : نفس المرجع ف 167
(4) - شاباس فرانسوا: نفس المرجع ف 167

ثالثا الموقف في مصر :

سنرى الموقف قبل صدور القانون المدني سنة 1949، ثم الموقف بعد ذلك.

1 - الموقف قبل صدور القانون المدني سنة 1949 :

قبل صدور القانون المدني سنة 1949 انقسمت الأحكام القضائية بشأن مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية. فبينما ذهبت بعضها - وهي جد قليلة - الى الحكم ببطلانه على أساس أنه مخالف للنظام العام، فتكون بذلك قد سايرت أحكام القضاء الفرنسي الصادرة قبل سنة 1874 - فقد ذهبت أحكام أخرى الى الحكم بصحته وذلك استنادا الى مبدأ الحرية التعاقدية، لكن مع قصر أثره على نقل عبء الاثبات من عاتق الناقل الى عاتق المرسل أو المرسل اليه، فتكون بذلك هي الأخرى قد سايرت الأحكام القضائية الفرنسية الصادرة بعد سنة 1874 (1) .

2 - الموقف بعد صدور القانون المدني 1949 :

قد أنهى القانون المدني الجديد الصادر سنة 1949 هذا التضارب في الأحكام، وأعطى لموضوع شرط الاعفاء من المسؤولية حلا فاصلا ونهائيا . فبالنسبة للأخطاء الشخصية للناقل، فقد أجاز له المشرع المصري في المادة 217 / 1 أن يعفي نفسه من المسؤولية المترتبة عنها باستثناء تلك المسؤولية المترتبة عن غشه أو خطئه الجسيم . أما بالنسبة للأخطاء التي تقع من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، فقد نصت المادة 217 / 2 على صحة الاتفاق الرامي الى الاعفاء منها سواء كانت أخطاء عمدية أو غير عمدية، جسيمة أو غير جسيمة

---

(1) انظر كمال طه : الوجيز في القانون التجاري ط 1 فقرة 487 وكذلك الأحكام التي أشار اليها .

وقد رجهت الى المادة 217 من القانون المدني الجديد عدة انتقادات ، من ذلك - أنه يضر بمصالح الشاحنين ، وخصوصا في حالة سرقة البضاعة أو تلفها بمعرفة تابعي الناقل ، فالشاحنون لا يحصلون نتيجة الشرط على أي تعويض .

وقد رد على هذا الانتقاد ، بأن شرط الاعفاء من المسؤولية يعتبر من قبيل شرط الاذعان اذا فرضته شركات النقل الكبرى على عملائها ، وبامكان القاضي أن يبطله استنادا الى نص المادة 149 من القانون المدني الجديد ، بينما اذا كان الأمر على عكس ذلك بحيث أن الطرفين - الناقل والشاحن - يقفان في مركز متساو ، فلا مجال حينئذ للقول بتضرر الشاحن ، لأن في استطاعته مناقشة الشرط بكل حرية ، كما أنه في امكانه رفضه .

ومن الانتقادات الأخرى الموجهة الى حكم المادة 217 ، أن النقل في غالب الأحوال يتم بواسطة شركات نقل كبرى ، وأن هذه الأخيرة تعتبر أشخاصا معنوية تقوم بتنفيذ عقود النقل بواسطة موظفيها وتابعيها ، ومن ثم يندر أن تتقرر مسؤوليتها في حالة ادراج شرط الاعفاء من المسؤولية في العقود التي تبرمها مع عملائها ، ذلك أنه حتى الغش الذي يثبته الشاحن في تصرفات مستخدميها لا يستطيع أن يبطل الشرط [1] .

وللتخلص من هذا المأزق رأى بعض الفقه أنه من الضروري التحول من اعتبار المديرين وكلاء عن الشخص المعنوي ، والاتجاه نحو اعتبارهم أعضاء يتركب منهم هذا الشخص بحيث يكون الفعل الذي يقوم به العضو نعتبره صادرا عن الشخص المعنوي ومنسوبا اليه ، ومن ثم فان الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية عن أخطاء التابعين لا يعتبر صحيحا الا في حدود الأخطاء اليسيرة [2] .

---

(1) في نفس المعنى : علي حسين يونس : عقد النقل 1965 دار الفكر العربي فقرة 60

(2) - علي حسن يونس : المرجع السابق فقرة 60

- ابراهيم الدسوقي : المرجع السابق فقرة 230

ثالثا: الموقف في لبنان :

استنادا الى نص المادة 267 من قانون الموجبات والعقود ، يتبين أن المشرع اللبناني قد قرر صحة شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية الناشئة عن نقل البضائع، باستثناء المسؤولية الناشئة عن خداع أو غش . وتبعا لذلك فان أمين النقل لا يعتبر في حالة فقدان البضاعة أو ضياعها أو التأخير في وصولها – مسؤولا – طالما أن المرسل أو المرسل اليه لم يستطع اثبات وجود خطأ مقصود من الناقل أو خطأ جسيم معادل للغش أدى الى احداث الضرر .

ويتبين أيضا من نفس المادة أن أخطاء عمال الناقل ومستخدميه تعتبر كالأخطاء الواقعة منه بالذات في هذا الصدد (1) .

وهكذا نلاحظ من خلال ما قدمنا أن القانون المصري (م 217 / 2 مدني) يتفق مع القانون اللبناني فيما يتعلق بمبدأ صحة شرط الاعفاء من المسؤولية ، كما يتفق معه في الاستثناء المتعلق بغش المدين أو خطئه الجسيم ، الا أنه يختلف عن القانون اللبناني باقراره صحة شرط الاعفاء من المسؤولية عندما يقع الغش من أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه (2) .

IV الموقف في الجزائر :

قد خرج المشرع الجزائري فيما يتعلق بمدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية – في حالة النقل البري للبضائع – عن القواعد العامة المقررة في المادة 178 / 2 من القانون المدني ، وقرر بشأنه أحكاما أخرى مختلفة تماما .

---

(1) _ ادوار عيد : المرجع السابق 1968 ف 130 .
(2) _ ادوار عيد : المرجع السابق ف 130 هامش 1.

فبمقتضى نص المادة 52/ 3 من القانون التجاري يقع باطلا كل شرط مـــن شأنه اعفاء الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقد الكلي أو الجزئي أو التلف .

ويلاحظ على هذا النص أن أحكامه كما تنطبق على الأفعال الشخصية للناقل تنطبق على أفعال تابعيه ، فيكون بذلك قد خالف هذا النص ما قرره نص المادة 178 من القانون المدني من أحكام ، اذ أن هذا الأخير كما رأينا قد صحـــح الشرط بالنسبة للأخطاء الشخصية اليسيرة، وبالنسبة لسائر أخطاء التابعين العمديـة منها والغير العمدية .

هذا اذا تعلق الأمر بالفقدان الكلي أو الجزئي ، أما عن المسؤوليـــة المترتبة عن التأخير، فقد ساوت نفس المادة في فقرتها الثانية بين أخطاء التابعيـــن والأخطاء الشخصية، فقررت صحة الشرط في حدود الأخطاء اليسيرة .

أما عن المسؤولية المترتبة عما يحدث للأشياء المنقولة من نقص في الوزن أو الكيل أثناء عملية النقل فقد قررت المادة 77 من القانون التجاري الجزائري بطلان أي اتفاق من شأنه اعفاء الناقل من النقص الزائد عما جرى العرف بالتسامح فيـــــه (1) .

وهكذا نرى أن المشرع الجزائري قد خرج عن القواعد العامة المقررة فـي المادة 178/ 2 من القانون المدني فيما يتعلق بمدى صحة شرط الاعفاء مـــــن المسؤولية عن النقل البري للبضائع ، وساير قانون رابييه الآنف الذكر في ابطالـــه للشرط في حالة الفقد الكلي أو الجزئي أو التلف للبضاعة ، وخالف بذلك التشريـع المصري والتشريع اللبناني اللذان يحكمان بصحة الشرط .

بالنسبة للشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية عن التأخير ، فقد سايـر القوانين الثلاثة، وذلك بحكمه بصحة الشرط في حدود الأخطاء اليسيرة .

---

(1) " تكون باطلة وعديمة الأثر جميع الاشتراطات المخالفة بصفة مسبقة أحكـام المادة 51 من القانون التجارى " .

المطلب الثاني : شرط الاعفاء من المسؤولية _ وحالة النقل البري للأشخاص

يتضح من المادة 62 من القانون التجاري الجزائري (1) أن الناقل يضمن للشاحن بمقتضى عقد النقل الأمرين التاليين :

1_ سلامة الركاب ابتداء من تكلفه بهم الى أن يصلوا الى وجهتهم المقصودة

2_ وصول الركاب الى المكان المتفق عليه في حدود الوقت المعين بالعقد.

ولا يكون أمام الناقل للتخلص من مسؤوليته المترتبة عن الاخلال بالتزامه بضمان سلامة الركاب أو وصولهم الى الجهة المتفق عليها في الموعد المحدد بالعقد، الا باثباته أن سبب ذلك يرجع اما الى القوة القاهرة واما الى خطأ المسافر، وهذا ما أوضحته بالفصل المادة 63 من القانون التجاري الجزائري حيث أن قد جاء فيها : " يجوز اعفاء الناقل من المسؤولية الكلية أو الجزئية من أجل عدم تنفيذ التزاماته أو الاخلال بها، أو التأخير فيها، بشرط أن يثبت أن ذلك ناشيء عن قوة قاهرة أو خطأ المسافر .

فهاتان هما الحالتان القانونيتان اللتان يجوز فيهما للناقل الاعتماد عليهما لنفي مسؤوليته، أما فيما عداهما فانه يبقى مسؤولا قبل المسافرين .

ولكن ألا يمكن أن يكون في استطاعة الناقل فيما عدا هاتين الحالتين أن يعفي نفسه من المسؤولية التي يمكن أن تترتب في حالة اخلاله بالتزامه، وذلك بواسطة اتفاق مسبق بينه وبين الركاب ؟

---

(1) نص المادة 62 : ز" يجب على ناقل الأشخاص أن يضمن أثناء مدة النقل سلامة المسافر وأن يوصله الى وجهته المقصودة في حدود الوقت المعين بالعقد ".

ان الاجابة عن هذا السؤال، تقتضي منا أن نفرق بين الالتزام بضمان سلامة المسافر، والالتزام بتوصيل المسافر الى المكان المتفق عليه في الوقت المحدد، اذ أن لكل التزام من هذين الالتزامين حكما مخالفا للآخر فيما يتعلق بمدى صحة الاتفاق الهادف الى الاعفاء من المسؤولية . ولذلك فسوف أتناول كل التزام من هذين الالتزامين في نقطة مستقلة .

النقطة الأولى: أخصصها للالتزام بضمان سلامة المسافر .

النقطة الثانية : أخصصها للالتزام بتوصيل المسافر الى المكان المتفق عليه في الوقت المحدد .

I _ الالتزام بضمان سلامة المسافر :

قبل معرفة موقف المشرع الجزائري، سأتعرض للموقف في فرنسا، ثم في مصر، ثم في لبنان، وأعقد في الختام مقارنة موجزة بينها جميعا .

1 _ الموقف في فرنسا :

كان القضاء الفرنسي لا يعتبر التزام الناقل يشمل فضلا عن عملية النقل سلامة الركاب، وعليه فاذا ما أصيب أحد الركاب أثناء عملية النقل، فلا يكون أمامه من سبيل لمطالبة أمين النقل بالتعويض الا سبيل الرجوع الى قواعد المسؤولية التقصيرية، وذلك باثبات خطأ الناقل (1)، ويترتب على ذلك أن أي اتفاق يهدف الى ابعاد هذه المسؤولية التقصيرية يكون باطلا. وقد فسر ذلك على أساس أن المسؤولية التقصيرية تعد من النظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ابعادها (2).

ولم تسلم محكمة النقض بتضمن عقد النقل الى جانب توصيل المسافر الى المكان المحدد، توصيله أيضا سليما ومعافا الا في بداية العشرينات من هذا القرن (3).

---

(1) _ أكثم أمين الخولي : العقود التجارية ط 1 ف 334 .
(2) _ انظر ص 71 من هذا البحث والأحكام الواردة فيها .
(3) _ نقض مدني 27 جانفي 1913 د 1913 _ 1 . 249 .

وحيث الآن قد استقرت محكمة النقض الفرنسية على تضمن عقد النقل التزام الناقل بالمحافظة على سلامة المسافرين، ألا يستطيع الناقل أن يشترط على المسافر اعفاءه من المسؤولية المترتبة على اخلاله بهذا الالتزام ؟

لا بد من الاشارة الى أن قانون رابيبه الصادر سنة 1905، والمفر ابطال شرط الاعفاء من المسؤولية المترتبة عن الهلاك أو التلف، لا يسري على نقل الأشخاص الأمر الذي يجعلنا نستنتج أنه لا يوجد في فرنسا نص تشريعي يقـــرر هـــذا البطلان (1) . لذلك فانه من الضروري الرجوع الى أحكام القضاء، وبالرجوع اليه نجده يرفض أن يكون جسم الانسان محل مفاوضة أو إتفاق أو مساومة، ولذلك فهـــو يبطل كل اتفاق من شأنه الاعفاء من المسؤولية المترتبة عن أي مساس بجسم الانسان. (2)

2 — الموقف في مصر :

قد وقع بشأن عقد النقل للأشخاص تردد كبير في أوساط القضاء المصري، فبينما كان قبل سنة 1912 (3) يعتبر عقد النقل يتضمن التزاما بسلامة المسافريـــن، ومن ثم تعتبر المسؤولية المترتبة عن الاخلال بهذا الالتزام مسؤولية عقدية، أصبح هذا القضاء مبـــ من هذه السنة يعتبر عقد النقل لا يتضمن هذا الالتزام، ومن ثم فان المسؤولية المترتبة عن اصابة أحد المسافرين تعتبر مسؤولية تقصيرية، وقد استمر على هذا الوضع الى وقت قريب، حيث قد عدل من جديد موقفه الآنف الذكر وأصبح يعتبر عقد النقل يتضمن أيضا الالتزام بسلامة المسافرين (4) .

---

(1) — انظر ص 101 من هذا البحث .

(2) — تولوز 23 أكتوبر 1934 د 1935 — 2 — 49 انظر نص الحكم في ص 53 من هذا البحث .
— في نفس الاتجاه : دوركاست 10 نوفمبر 1937 ق . ب 37 — 2 — 881 .

(3) — 16 يونيو 1897 م 9 ص 388 — 14 يونيو 1899 م 11 ص 280 [عن السنهوري : الموجز في النظريات العامة للالتزامات في القانون المدني ف 300]

(4) — محكمة الاستئناف المختلطة في سنة 1935 — ومحكمة استئناف الاسكندرية الوطنية في سنة 1950 وفي سنة 1956 — ومحكمة استئناف مصر في سنة 1953 وفي سنة 1957 وأخيرا أقرت ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر في 26 أبريل 1962 [عن سليمان مرقس — المسؤولية المدنية 1971 ف 30]

وبناء على هذا الموقف الأخير للقضاء ،واستنادا الى المادة 217 من القانون المدني ،فان الشرط الهادف الى الاعفاء من المسؤولية المترتبة عن الاخلال بالالتزام بضمان سلامة المسافرين ،يكون صحيحا .

ولكن لم يسلم الفقه بهذه النتيجة ،وذهب الى ابطال الشرط لا على أساس أن المسؤولية المترتبة تعتبر مسؤولية تقصيرية ،وانما على أساس أن سلامة الشخص الطبيعي لا يجوز أن تكون محلا للتعاقد (1) .

3 — الموقف في لبنان :

قد نصت المادة 139 من قانون الموجبات والعقود(2) على بطلان الشروط التي تعفي من المسؤولية التقصيرية ، وقد تبنت هذا البطلان على أساس أن حياة الانسان وسلامته هما فوق كل اعتبار . فيكون بذلك القانون اللبناني قد اعتمد في ابطاله للشرط على مبررات تتعلق بالنظام العام .

وما دام أن هذه المبررات هي نفسها في المسؤولية العقدية ،فلا مانع حينئذ من الحكم ببطلان الشرط على أساسها ،فيكون بذلك الشرط الذي يدرجه الناقل في العقد ،ويعفي بمقتضاه نفسه من المسؤولية المترتبة عن اخلاله بالتزامه بضمان سلامة المسافرين ، شرطا باطلا لأنه مخالف للنظام العام (3) .

---

(1) انظر ص 52 من هذا البحث .

(2) نص المادة 139 : " ان البنود النافية للتبعة وبنود المجازفة تكون صالحة ومعمولا بها على ابرائها لذمة واضع البند من نتائج عمله أو خطئه الغير المقصود

لكن هذا الابراء ينحصر في الأضرار المادية لا في الأضرار التي تصيب الأشخاص ،اذ أن حياة الانسان وسلامته الشخصية هما فوق كل اعتبار .

(3) ادوار عيد : العقود التجارية وعمليات المصارف 1968 ف 150 .

4 ـ الموقف في الجزائر :

ان نص المادة 65 من القانون التجاري الجزائري واضح في هذا المجال كل الوضوح ،فهو يبطل كل شرط يهدف الى اعفاء الناقل اعفاء كليا أو جزئيا من مسؤوليته الناجمة عن الأضرار البدنية الحاصلة للمسافرين .

وبهذا الموقف،يكون المشرع الجزائري أكثر صراحة من نظيريه الفرنسي والمصري، اذ قد نص صراحة على هذا البطلان في المادة 165 من القانون التجاري . بينما القانونان السابقان قد تركا الأمر في غاية الابهام،الأمر الذي جعل قضائهما يبحث على أساس للحكم ببطلانه .

وهكذا يعتبر حسنا ما فعل المشرع الجزائري في هذا الشأن،والا يكون قد فتح الباب على مصراعيه أمام الناقلين ليتصرفوا دون خوف من المعاقبة،الأمر الذي يجعل في نهاية المطاف سلامة الأشخاص وكيانهم عرضة دوما للخطر .

II الالتزام بتوصيل المسافر الى المكان المتفق عليه في الوقت المحدد :

قبل معرفة موقف التشريع الجزائري ، سأتناول الموقف في فرنسا ، ثم في مصر، ثم في لبنان ، وأخيرا أعقد مقارنة بينها جميعا .

1 ـ الموقف في فرنسا :

يلاحظ أن أحكام قانون رابيه لسنة 1905 لا يسري على نقل المسافرين(1)، وهذا ما يفسر لنا بوضوح ما سار عليه القضاء الفرنسي في هذا الصدد اذ قد أجاز لأمين النقل أن يشترط على الركاب اعفاءه من المسؤولية المترتبة عن اخلاله

(1) ـ سافتيه : المسؤولية المدنية ف 633 .
ـ لا لـو : المسؤولية المدنية ف 540 .

بالتزامه بضمان توصيل المسافر الى المكان المتفق عليه في الوقت المحدد في العقد [1]؛ وذلك في حدود الأخطاء اليسيرة دون الغش أو الأخطاء الجسيمة .

2 ـ الموقف في مصر :

لما كان الالتزام بتوصيل المسافر الى المكان المتفق عليه في الوقت المحدد في العقد لا ينجر عند الاخلال به ضرر يمس بسلامة جسمه وكيانه، فلا مانع من ثم أن يشترط أمين النقل على المسافر أن يعفيه من المسؤولية المترتبة عن اخلاله بهذا الالتزام، وذلك بالطبع في حدود الأخطاء اليسيرة، دون الأخطاء الجسيمة أو الغش [2]

3 ـ الموقف في لبنان :

لا يوجد في التشريع اللبناني ما يمنع أمين النقل من الاشتراط على المسافرين اعفاءه من المسؤولية المترتبة عن اخلاله بالتزامه بضمان توصيل المسافر الى المكان المتفق عليه في الوقت المحدد في العقد، اذ أن الاخلال بهذا الالتزام ليس فيه أي مساس بسلامة الأشخاص ، ومن ثم لا مجال لأن تسري عليه أحكام المادة 139 من قانون الموجبات والعقود، والتي تقضي ببطلان الشرط الهادف الى الاعفاء من المسؤولية بشأن الأضرار التي تصيب الأشخاص في ذواتهم [3] .

(1) بوردو 22 ـ 12 ـ 1913 ق . ب 1914 ـ 1 ـ 212 : "*Le voyageur qui par avance, s'est expressement soumis à l'obligation de ne formuler aucune réclamation pour retard, est en droit lié par un tel engagement*".

(2) المادة 217 من القانون المدني المصري

(3) ـ في نفس الاتجاه : ادوار عيد المرجع السابق ف 150 .
ـ انظر ص 109 من هذا البحث .

4 _ الموقف في الجزائر :

بمقتضى المادة 66 من القانون التجاري، فانه يجوز لأمين النقل استنادا لاشتراط كتابي مدون في سند النقل، ومطابق للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل، ومبلغ للمسافر، أن يعفي نفسه من المسوءولية التي يمكن أن تترتب عن اخلاله بالتزامه، بضمان توصيل المسافر الى المكان المتفق عليه في الوقت المحدد في العقد. وذلك في حدود الأخطاء اليسيرة الصادرة منه، دون الغش أو الخطأ الجسيم الصادرين منه، أو من مستخدميه (1).

وهكذا يظهر لنا أن هناك اتفاق عام في فرنسا ومصر ولبنان والجزائر على صحة شرط الاعفاء من المسوءولية عن الاخلال بالالتزام بتوصيل المسافر الى المكان المتفق عليه في الوقت المحدد، ذلك أنه لا ينجر عن الاخلال بهذا الالتزام أي ضرر يمس بسلامة الشخص أو كيانه .

الفرع الثاني : عقد النقل الجوي :

قد ميزت بعض التشريعات المنظمة للنقل الجوي بين نوعين من النقل : النقل الداخلي _ والنقل الدولي ، وأخضعت كل نوع منه لتنظيم مستقل ، نذكر من هذه التشريعات :

_ التشريع الجزائري : حيث قد ورد في المادة 100 من القانون المنظم للنقل الجوي الداخلي (2) أن النقل الجوي الدولي لا يخضع لهذا القانون

---

(1) _ نص المادة 660 من القانون التجاري الجزائري : " يجوز للناقل استنادا لاشتراط كتابي مدون في سند النقل، ومطابق للأنظمة والقوانين الجاري بها العمل، ومبلغ للمسافر، وفيما عدا حالة الخطأ العمدي أو الجسيم المرتكب منه بنفسه أو من مستخدميه، اعفاءه كليا أو جزئيا من مسوءوليته عن التأخير أو الأضرار الغير البدنية الحاصلة للمسافر " .

(2) _ صدر هذا القانون تحت رقم 64/ 166 ومؤرخ في 27 محرم 1384 الموافق 8 يونيو 1964

الا في الحالات التي توجد فيها اتفاقيات دولية منظمة له، وتكون الجزائر قد انضمت اليها (1) .

- التشريع المصري : حيث أنه قد أبقى القواعد العامة الواردة في القانون المدني هي السارية المفعول على النقل الداخلي، بينما قد ترك أمر تنظيم النقل الجوي الدولي لاتفاقية وارسو التي انضمت اليها مصر بأمر رقم 593 لسنة 1955.

وقد فسر بعض الفقهاء (2) سبب عدم تنظيم النقل الداخلي بقانون خاص مستقل عن القواعد العامة على غرار ما فعلته بعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الألماني والفرنسي مثلا ، الى كون النقل الجوي الداخلي كان غير موجود أيام أن صدر التقنين المدني، والتجاري، أو بعبارة أخرى كان مجهولا تماما .

- أما التشريع الفرنسي فقد نظم النقل الجوي بقانون خاص صدر في 31 ماي 1924، لكن المشرع لم يلبث أن ألغاه سنة 1957، وجعل اتفاقية وارسو هي المطبقة على النوعين من النقل الجوي : الداخلي والدولي (3) .

وهكذا نظرا لاختلاف القواعد المطبقة على النوعين من النقل الجوي، فانه من الضروري أن نتناول مشكلة صحة شرط الاعفاء من المسؤولية بالنسبة لكل نوع من هذين النوعين من النقل الجوي ، وذلك بتخصيص فرع مستقل لكل منهما .

- المطلب الأول : لمدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية بالنسبة للنقل الجوي الداخلي .

- المطلب الثاني : لمدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية بالسبة للنقل للنقل الجوي الدولي .

(1) نص المادة 100: "ان مسؤولية الناقل العمومي بواسطة الطائرات الجزائرية أو الأجنبية وكذلك مسؤولية مستغل كل طائرة عندما يتعلق الأمر بطيران دولي تجري عليها مقتضيات الاتفاقيات الدولية المعمول بها في الجزائر ، وفي حالة عدم وجود اتفاقية دولية معمول بها ان مسؤولية الأشخاص المشار اليهم بالفقرة السابقة فيما يتعلق بالخسائر أو الحوادث الحاصلة بالجزائر تجري عليها مقتضيات القانون الحالي، وسائر القوانين الأخرى الجاري بها العمل" .

(2) اكثم أمين الخولي : العقود التجارية ط 1 فقرة 342 .

(3) مازو وتنك : المسؤولية المدنية ج 6 فقرة 2531 .

المطلب الأول : مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية بالنسبة للنقل الجوي الداخلي .

يقصد بالنقل الجوى الداخلي النقل الذي يقتصر على اقليم الدولة أو بعبارة أخرى، هو الذي تقوم به الطائرة اذا لم يتعدى نشاطها اقليم دولتها (1) .

فبالنسبة لهذا النوع من النقل، فما مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية؟ سنبحث تباعا الموقف في فرنسا، ثم الموقف في مصر، وأخيرا الموقف في الجزائر وذلك لاجراء في النهاية مقارنة .

I الموقف في فرنسا :

هناك حالتان أجاز فيهما القانون الجوي الصادر بتاريخ 31 ماي 1924 الشرط. وحالتان أخريان أبطله فيهما. وحالة لم يبين موقفه، وهي حالة التأخير .

وفيما يلي سنبحث كل هذه الحالات وذلك كالآتي :

1 ــ الحالتان اللتان أجاز فيهما القانون الشرط .

2 ــ الحالتان اللتان أبطل فيهما القانون الشرط .

3 ــ حالة التأخير .

1 ــ الحالتان اللتان أجاز فيهما القانون الشرط :

لم يجز القانون الجوي الصادر في فرنسا بتاريخ 31 ماي 1924 (الشرط) الا في حالتين هما : مخاطر الجو، والخطأ في قيادة الطائرة (2) .

(1) ــ قد أوضحت المادة 17 من قانون المصالح الجوية الجزائرية المقصود بالنقل الداخلي فقد جاء فيها : "ان المصالح الجوية الجزائرية للنقل العمومي النظامية وغير النظامية تسمى داخلية عندما تربط بين نقطتين اينما وجدتا داخل التراب الجزائري" .

(2) المادة 42ــ118 : " *Le transporteur aérien peut s'exonerer par une clausç valable de la responsabilité qui lui incombe à raison des risques de l'ai et des fautes comises par toute personne employée à bord dans la conduite de l'appareil, qu'il s'agisse des voyageurs ou des marchandises* " .

وقبل معرفة القيود التي تلحق الحكم بصحة الشرط في هاتين ... تين، لا بد لنا من البحث في المقصود بمخاطر الجو بالخطأ في قيادة الطائرة .

أ _ المقصود بمخاطر الجو :

لم يبين القانون الآنف الذكر المقصود بمخاطر الجو ، الأمر الذي جعل تعاريفها تتعدد بتعدد الفقهاء الذين تناولوا هذا الموضوع (1) . وان كان يغلب الظن عند بعض الفقهاء أن المقصود بمخاطر الجو شيء آخر غير القوة القاهرة (2)، لأن الناقل يعفى منها طبقا للمبادئ العامة في المسؤولية المدنية، ووفقا للمادة 41 من قانون الملاحة الجوية (3)، كما أنها أيضا من جانب آخر غير خطأ الناقل ، أو خطأ تابعيه ، بدليل أن المشرع قد حرم الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية عن الخطأ الشخصي ، والخطأ في شحن البضاعة وحفظها وتسليمها (4) (المادة 42) .

أما القضاء الفرنسي فيرى من جهته ، أن المقصود بمخاطر الجو تلك المخاطر التي يمكن ردها الى فكرة الحادث المفاجئ كالعطب الذي يصيب أجهزة الطائرة فجأة (5) .

وبهذا نرى أن القضاء الفرنسي أيضا يعتبر بدوره مخاطر الجو هي شيء آخر غير القوة القاهرة ، وغير خطأ الناقل ، أو خطأ تابعيه ، وبذلك نسلم معه أن المقصود بمخاطر الجو تلك المخاطر التي يمكن ردها الى فكرة الحادث المفاجئ.

---

(1) DANIEL LUREAU : La responsabilité du transporteur aérien- lois nationales et convention de varsovie 1961 n° 130

(2) المرجع السابق ف 130

(3) ثروت أنيس الأسيوطي : مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن ف 488 و 498

(4) ثروت أنيس الأسيوطي : المرجع السابق ف 488 و 498

(5) محكمة السان التجارية 12 يناير 1954 المجلة الفرنسية للقانون الجوي 1954 ص 79 _ 82 .

ب — المقصود بالخطأ في قيادة الطائرة :

يقصد بالخطأ في قيادة الطائرة،الخطأ الذي يرتكبه أي شخص يعمل داخل الطائرة في قيادتها [1] ،فهو بذلك أشبه ما يكون بشرط الاهمال المعروف في القانون البحري ، ويترتب على هذا التعريف،أن الميكانيكي الذي يكشف عن محرك الطائرة قبل اقلاعها لا يدخل ضمن الذين تقصدهم المادة 42 ،ويلحق في الحكم بالميكانيكي كل التابعين البريين،وأيضا كل من يعمل داخل الطائرة دون أن يشارك في قيادتها كأخطاء المضيفة مثلا .

ولكن الأمر يختلف لما يكون الناقل نفسه هو الذي يقود الطائرة ، ففي هذه الحالة فان شرط الاعفاء من المسؤولية يكون باطلا وذلك استنادا الى نص المادة 43 التي تبطل الشرط في حالة الخطأ الشخصي للناقل [2] .

ج — القيود التي تلحق صحة الشرط في الحالتين السابقتين :

كي يكون الشرط صحيحا بالنسبة لمخاطر الجو،والخطأ في قيادة الطائرة يجب ألا يكون الشرط يهدف الى الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء العمدية أو الجسيمة ،أضف الى ذلك أن المادة 42/ 2 من قاونون الملاحة الجوية قد اشترطت شرطين آخرين هما :

— أن تكون الطائرة صالحة للملاحة وقت الاقلاع .

— أن يحمل أفراد الطاقم الشهادات الدراسية والتراخيص الادارية اللازمة [3]

---

(1) دانييل ليرو : المرجع السابق ف 131 ب

(2) نص المادة 43 من قانون الملاحة الجوية الفرنسية لسنة 1924

"... est nulle toute clause ayant pour objet d'exonecor le transporteur de la responsabilité tant de son fait:.. "

(3) نص المادة 42-118 من قانون الملاحة الجوية الفرنسية :

" La clause ne décharge le transporteur de sa responsabilité que si l'aéroneuf était en bonne état de navigation au départ, et le personnel muni de brevets et certificats reglementaires" .

وتتمثل الحكمة في هذين الشرطين في استعمال الناقل لطائرة غير صالحة للملاحة،أو استعماله لملاحين غير أكفاء،يعني أنه ارتكب خطأ شخصيا ومن ثم فانه من الواجب أن يسأل عنه وفقا لأحكام المادة 43 الآنفة الذكر (1) .

2 _ الحالتان اللتان أبطل فيهما القانون الشرط :

هناك حالتان _ في مقابل الحالتين اللتين رأيناهما، واللتين فيهما أجاز المشرع للناقل أن يعفي نفسه من المسؤولية المترتبة بشأنهما _ قد قرر المشرع الفرنسي بطلان الشرط فيهما ،هاتان الحالتان هما :

_ حالة الخطأ الشخصي للناقل .

_ حالة الخطأ في شحن البضاعة ،أو تسليمها، أو حفظها (2) .

3 _ حالة التأخير،ومدى جواز الشرط الاعفاء فيها :

ان هذه الحالة لم يبين المشرع الفرنسي مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية بشأنها ،لذلك لا مناص من الرجوع الى القضاء التماسا للحل .

قد وقف القضاء مترددا بالنسبة لهذه المسألة ،فبينما تذهب بعض أحكامه الى الحكم بصحته،باستثناء حالة الغش أو الخطأ الجسيم (3) ،تذهب أحكام أخرى الى الحكم ببطلانه (4) .

---

(1) ثروت أنيس السيوطي : المرجع السابق ف 492 .

(2) المادة 43/ 1 من القانون السابق :
" *est nulle, toute clause ayant pour objet d'exonerer le transporteur de son fait personnel que celui de ses préposes relativement au chargement à la conservation, et la livraison des marchandises* " .

(3) المحكمة التجارية للصان 23 فيفري 1956 المجلة العامة للنقل الجوي ص 324 (عن دانيل ريرو : المرجع السابق ص 66 و 67 هامش 85 .) .

(4) استئناف باريس 8 _ 11 _ 1951 المجلة العامة للنقل الجوي ص 433
_ المحكمة التجارية للسين 30 جوئلية 1948 م.ع.ل.ج 1949 ص 201 (عن دانيل ليرو ص 66 و 67 هامش 85 .

أما الفقه،فيميل الى تحريمه،وذلك بالاعتماد على نص المادة 43 ذاتهـا . فنص هذه المادة تحرم الاعفاء من المسؤولية عن فعل الناقل في تسليم البضاعة ، وهذا الفعل بطبيعة الحال يشمل التأخير في تسليمها [1] .

II الموقف في مصر :

لا توجد في التشريع المصري أحكام خاصة بالنقل الجوي لأنه لم تكـن الطائرات معروفة أيام وضعه، ولذلك فان الأحكام الواردة في القواعد العامة هـي التي تبقى سارية عليه .

وفي هذا الصدد لا بد من التفرقة بين نقل الأشياء ،ونقل الركاب،اذ أن لكل نوع من هذين النوعين من النقل أحكام خاصة .

1 ـ نقل الأشياء : تسري عليه أحكام المادة 217 من القانون المدنـي، والتي تقضي بصحة الشرط بالنسبة للأخطاء الشخصية في حدود الأخطاء اليسيرة وبالنسبة لأفعال التابعين عن سائر أخطائهم العمدية منها والجسيمة .

الى جانب هذه المادة ،هناك مادة أخرى يمكن الاستناد اليها للتضييـق من أحكام المادة 217 وذلك لما يكون الناقل في وضع يستطيع فيه أن يملي شروطه هذه المادة هي المادة 149 من التقنين المدني [2] .

وقد لاحظ الأستاذ أنيس الاسيوطي [3] أن النقل بالطائرة على الخطـوط الجوية المنظمة في مصر تتوافر فيه " صفة الاذعان " اذ تتولاه شركة مصر للطيران

---

(1) ثورت أنيس الاسيوطي : المرجع السابق ف494 . والجدير بالذكر أن المشرع قـد ألغى هذا القانون بقانون 2 مارس 1957 وجعل اتفاقية وارسو هي التي تسري أيضـا على النقل الداخلي .

(2) نص المادة 149 : " اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها "

(3) مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن فقرة 512 .

والتي تتمتع باحتكار فعلي، وتورد شروطا مطبوعة على تذاكر السفر وبوالص الشحن لا تحتمل مناقشة، ولا يسع الراكب أو مرسل البضاعة سوى قبولها، أو العدول عن استخدام الطائرة التي أصبحت ضرورة ماسة في حياتنا الاقتصادية" (1) وبمقتضى المادة الآنفة الذكر، فان شرط الاعفاء من المسؤولية الوارد في عقد النقل الجوي الذي تتوافر فيه صفة الاذعان يكون باطلا ، وقد ساوى الأستاذ أنيس الأسيوطي في هذا البطلان بين المسؤولية الناجمة عن الخطأ الشخصي، وتلك المترتبة عن أخطاء التابعين ، وقد علل مسلكه هذا بقوله : " حقيقة تبيح المادة 217 من القانون المدني في فقرتها الثانية الاعفاء من العمد، والخطأ الجسيم، الصادرين من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه ، الا أن هذا النص ورد لحالة ما يقف الطرفان على قدم المساواة يناقشان شروط العقد في حرية ، وان اباحته في النقل الجوي يؤدي الى نتائج غير عادلة اذ يصبح الناقل غير مسؤول مثلا عن السرقات التي تقع من تابعيه وهذا غير مقبول " ... ثم يضيف الأستاذ : " انه يستوي في ذلك (البطلان) أن يكون خطأ التابع جسيما أو عاديا ، تجاريا أم ملاحيا ، حقيقة ان القضاء والفقه أباحا شرط الاهمال في النقل البحري الا أن ظروف تبريره هناك لا تتوافر بالنسبة الى النقل الجوي ، فالربان والملاحون يظلون فوق ظهر السفينة مدة طويلة بعيدة عن رقابة الناقل ، في حين لا تستغرق الرحلة الجوية سوى بضع ساعات يكون قائد الطائرة أثناءها على اتصال مستمر بالناقل يتلقى تعليمات منه (2) ".

---

(1) مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن فقرة 518 .
(2) نفس المرجع ، فقرة 518

2 _ نقل الركاب :

يكون باطلا كل شرط يهدف الى الاعفاء من المسؤولية المترتبة عن التزام أمين النقل بضمان سلامة المسافر، وذلك لكون جسم الانسان خارج عن دائرة التعامل.

ويبدأ التزام الناقل بضمان سلامة المسافر من الوقت الذي يقوم فيه الناقل بنقل المسافر بالسيارة من مكتبه داخل المدينة الى أرض المطار. ويشمل هذا الالتزام أيضا نقله من المطار الى مدينة الوصول، وبالاضافة الى ذلك يعد أيضا الناقل مسؤولا عن سلامته في الوقت الذي يوجد فيه تحت اشراف تابعي النقل في أثناء اختراق أرض المطار في ميناء القيام أو الوصول. وذلك للذهاب من مباني المطار الى الطائرة أو للذهاب من الطائرة الى مباني المطار .

وأخيرا يعتبر الناقل مسؤولا عن المسافر في الفترة التي يوجد فيها داخل الطائرة . أما عن حال وجوده داخل مباني المطار سواء في حالة الوصول أو القيام، فان الناقل لا يكون مسؤولا عن سلامته فيها بمقتضى عقد النقل. وما على المسافر في حالة اصابته بأضرار سوى الرجوع على الناقل بالمسؤولية التقصيرية لمطالبته على أساسها بالتعويض، وهذا في الحالة التي يثبت فيها خطأ في جانب الناقل، أو أحد تابعيه، وتكون بينه وبين الضرر الذي حدث علاقة سببية (1)

III الموقف في الجزائر :

يتبين من نص المادة 78 من القانون المتعلق بالمصالح الجوية (2) أن المشرع الجزائري قد أبطل كل شرط يهدف الى اعفاء الناقل من مسؤوليته المترتبة عن نقل الركاب.

---

(1) علي حسن يونس عقد النقل 1965 ف 72 .

(2) نص المادة 78 : " باستثناء الشروط المتعلقة بالخسائر التي يمكن أن تنتج عن طبيعة الأشياء المنقولة أو عن عيب خاص بها يعد كل شرط يرمي الى ابراء ذمة الناقل من المسؤولية أو الى اقامة حد أدنى من الحدود المضبوطة بموجب هذا القانون ملغى ودون مفعول الا أن الغاء الشرط لا يقضي ببطلان عقد النقل الذي يظل خاضعا لأحكام القانون هذا "

أما عن مسؤوليته عن الأشياء فانه لم يجز الشرط الهادف الى الاعفاء منها الا في حالتين هما :

أ ــ اذا كانت الخسائر ناتجة عن طبيعة الأشياء المنقولة .

ب ــ اذا كانت الخسائر ناتجة عن عيب خاص بالأشياء .

ويلاحظ أن المشرع في المادة 75 (1) من نفس القانون قد جعل من بين أسباب اعفاء الناقل من مسؤوليته اعفاء قانونيا العيب الخاص بالبضاعة ، فهذا الأمر يجعلنا نتساءل عن مدى جدوى وجود المادة 78 ؟ فما دام أن الناقل معفى قانونا من المسؤولية في مثل هذه الحالة،فما فائدة ادراج شرط الاعفاء من المسؤولية في وثيقة الشحن ؟ .

والواقع أن المادة 75 أعفت الناقل من مسؤوليته عن العيب الخاص بالبضاعة اذا أثبت أنه اتخذ هو ومستخدموه كل الوسائل الضرورية لتجنب وقوع الخسارة ، في حين أن المادة 78 تعفيه من ضرورة هذا الاثبات .

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد وقف موقفا أكثر صرامة من موقف نظيريه الفرنسي والمصري، وذلك بابطاله الشرط في سائر الحالات باستثناء الشرط المتعلق بالخسائر التي يمكن أن تنتج عن طبيعة الأشياء المنقولة أو عن عيب خاص بها ، ويرجع سبب اجازة الشرط في هذه الحالة الأخيرة الى كون الناقل لا يد له في الخسارة التي تلحقها، لأنها يمكن أن تصاب بها، ولو كانت في يد صاحبها .

---

(1) الفقرة 2 من المادة 75 : "وفي حالة نقل الشحن المرسلة أو الأمتعة لا يسأل الناقل اذا أقام الدليل عن الخسارة التي تحدث عن خطأ يعني ارشاد أو قيادة الطائرة أو الملاحة أو لعيب خاص بالبضاعة وأنه قد اتخذ هو ومستخدموه فيما يتعلق بجميع الاعتبارات الأخرى كل الوسائل الضرورية لتجنب وقوع الخسارة " .

ونستطيع أن نقول،أن موقفه هذا أقرب من موقف المشرع الفرنسي منه من المشرع المصري، ذلك أنهما متفقان على ابطال الشرط عن الخطأ الشخصي للناقل، والخطأ في شحن البضاعة،أو تسليمها ،أو حفظها .والفارق بينهما يتمثل في اجازة القانون الفرنسي للشرط في حالة الخطأ في قيادة الطائرة.ومخاطر الجو اذا كان يقصد بها شيئا آخر غير الحادث المفاجيء . بينما المشرع المصري ترك مسألة صحة الشرط للقواعد العامة،والتي بالرجوع اليها تجدها تحكم بصحة الشرط عن سائر الأخطاء الشخصية اليسيرة،باستثناء الأخطاء العمدية أو الجسيمة،وعن سائر أخطاء التابعين دون استثناء ، وهذا في الواقع مناف لطبيعة النقل الجوي الذي يمتاز بالسرعة وبامكانية مراقبة التابعين وتوجيههم .

المطلب الثاني : مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية بالنسبة للنقل الجوي الدولي :

قد سعت كثير من الدول الى توحيد القواعد القانونية التي تطبق في الدول المختلفة في مجال النقل الجوي (1)، وذلك لكون هذا النوع من النقل أصبح في الوقت الحاضر صناعة دولية .وكذلك من أجل ايجاد نوع من التوازن بين المراكز المختلفة في عقد النقل،أي بين الناقلين والشاحنين ، وقد توجت هذه المساعي بوضع اتفاقية فرسوفيا في 12 أكتوبر 1929 والتي تم تعديلها فيما بعد ببرتوكول لاهاي في 8 ماي 1955 ،وقد اقتصر مجال تطبيق هذه الاتفاقية على كل نقل دولي للأشخاص،أو الأمتعة ،أو البضائع،يتم على ظهر طائرة،في مقابل أجر وكذلك على عمليات النقل التي تقدم مجانا على طائرة احدى مؤسسات النقل الجوي الدولي (2) .

---

(1) ـ أكثم أمين الخولي : العقود التجارية ف 344

(2) ـ علي حسن يونس : المرجع السابق ف 183

ويعتبر نقلا دوليا كل نقل يشترط فيه الأطراف المتعاقدة أن تكون نقطتا القيام أو الوصول - سواء كان هناك انقطاع للنقل، أو كان هناك نقل من طائرة الى أخرى أم لم يكن - واقعين في اقليم دولتين متعاقدتين، أو في اقليم طرف واحد من الأطراف المتعاقدة في حالة ما اذا نص على ايجاد مرسى جوي في اقليم دولة أخرى، حتى ولو كانت هذه الدولة غير متعاقدة ، أما اذا لم يوجد هذا المرسى، فالنقل داخلي اذا كان يبدأ أو ينتهي في اقليم الدولة المتعاقدة (1) .

فقد أبطلت المادة 23 من الاتفاقية كل شرط يهدف الى اعفاء الناقل من مسؤوليته ، بل وقد ذهبت الى حد ابطال كل اتفاق يهدف الى تقرير حد أدنى من المسؤولية من الحد المعين في هذه الاتفاقية (2) . وقد أورد بروتوكول لاهاي استثناء من هذا البطلان، يتمثل في تقرير صحة الشرط التي تعفي الناقل من المسؤولية في حالة الهلاك أو التلف الناتجين عن طبيعة البضاعة المنقولة، أو عن عيب خاص بها .

وقد لاحظ الأستاذ ادوار عيد ، أن هذا الاستثناء من قاعدة البطلان طبيعي ويتفق مع القاعدة التي تقرر عدم مسؤولية الناقل في حالة قيامه بالتدابير اللازمة لتفادي الضرر ، اذ أن الحالة المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 23 لا يمكن فيها عادة أن ينسب الى الناقل أي اخلال بالتزاماته اذا أثبت أن الهلاك أو التلف ناتجان عن طبيعة البضاعة أو عن عيب خاص بها ، ولم يكن في استطاعته اكتشافه ، نظرا لعدم ظهوره، ولقصر الوقت الذي يتم فيه النقل (3) .

---

(1) - أكثم أمين الخولي : المرجع السابق ف 343 ط 1

(2) - : " نص المادة 23 من الاتفاقية : " ان كل شرط يهدف الى اعفاء الناقل من المسؤولية أو الى تقرير حد أدنى من الحد المعين في هذه الاتفاقية يكون باطلا وكأنه لم يكن " .

(3) - ادوار عيد : المرجع السابق ف 164

ومن جهة أخرى قد لاحظ الأستاذ علي حسن يونس بشأن الفقرة الثانية من المادة 23 التي أضافها بر توكول لاهاي،على أنها فقرة لم تأت بجديد ، لأن الحكم الذي نصت عليه لم يكن محل خلاف قبل اضافته ،اذ أنه بمقتضى المادة 20٪ من الاتفاقية فانه باستطاعة الناقل أن يتخلص من المسؤولية،اذ أنه هو وتابعوه قد قاموا بكل الاحتياطات الضرورية لمنع وقوع الضرر ، أو أنه كان من المستحيل عليهم القيام بها ، وهذا بطبيعة الحال يعني انتفاء الخطأ من جانب الناقل (1) .

الفرع الثالث

عقد النقل البحري

قد يشترط الناقل البحري في سند الشحن أو في تذكرة النقل اعفاءه من المسؤولية التي قد تنشأ عن خطئه الشخصي، أو من أخطاء تابعيه البحريين .

فما مدى صحة هذا الشرط ؟

ولما كان هناك نوعان من الشروط الرامية الى الاعفاء من المسؤولية :

- شرط الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية للناقل.
- شرط الاعفاء من المسؤولية عن أخطاء تابعي الناقل البحريين.

ولما كانت أيضا الأحكام القانونية المطبقة على النوع الأول من الشرط هي غيرها المطبقة على النوع الثاني ،فسوف أخصص لكل نوع من هذين النوعين من الشرط مطلبا مستقلا أتناول فيه مدى صحته .

(1) _ علي حسن يونس : المرجع السابق ف 166

المطلب الاول : مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية عن الاخطـــاء الشخصية للناقل البحرى :

الاخطاء الشخصية للناقل كثيرة. ولمعرفة الاخطاء التي يغطيها الشرط من غيرها، سنتعرض للموقف في فرنسا، ثم في مصر، ثم ما أخذت به معاهدة بروكسال، ونختم بموقف المشرع الجزائري ومقارنته بغيره . وعليه سنتبع الخطة التالية :

I _ الموقف في فرنسا

II _ الموقف في مصر

III _ موقف معاهدة بروكسال

I _ موقف التشريع الجزائري

I _ الموقف في فرنسا :

قد أبطلت المادة 29 (1) من الأمر الصادر في 18 جوان 1966 والمتضمن قانون النقل البحرى الداخلي (2) كل شرط يهدف الى اعفاء الناقـــل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من مسؤوليته المترتبة عن نقل الأشياء .

وينطبق نفس الحكم الآنف الذكر على نقل الركاب، وذلك بموجب المادة 33

(1) _ " يعد باطلا وعديم الأثر كل شرط هدفه المباشر أو غير المباشر :
_ اعفاء الناقل من المسؤولية المحددة في المادة 27
_ قلب عبء الاثبات الملقى عليه كما هو منصوص عليه في القانون الحالي
_ تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ الذي حددته المادة 28
_ منع الناقل الاستفادة من التأمين على البضائع

(2) _ قد ألغى هذا القانون القانون السابق الصادر في 2_4_1936 والمتضمن نظام النقل الداخلي، وذلك في المادة 30 منه

من هذا القانـــون (1) .

ويستثنى من هذا البطلان المقرر في المادتين 29 و 33 نقل الحيوانـات الحية،ونقل البضائع على سطح السفينة،اذ أنه بموجب المادة 30 من هذا القانون، فان الشرط بالنسبة لهذين النوعين من النقل يكون صحيحا (2) .

II _ الموقف في مصر :

لم يتعرض التقنين البحري المصري لمسؤولية الناقل البحري رغم أهميتها من الناحية العملية (3) ،ويرجع سبب ذلك الى كون المشرع المصري قد اعتبر عقـد النقل البحري بمثابة اجازة للسفينة،فلا يتحمل الناقل أية مسؤولية بعد وفائـه بالتزامه المتمثل في وضع السفينة تحت تصرف المستأجر الشاحن .

وتعتبر،في الواقع،هذه النظرة ضيقة للغاية،اذ أن وضع السفينة تحت تصرف الشاحن ليس الا بعض ما يلزم به الناقل قبل الشاحن في حين أن التزامه الرئيسي يتمثل في نقل البضاعة الى المرسل اليه سليمة في الموعد المحدد . ويترتب على ذلك أن الناقل يعد مسؤولا عن الخسائر والأضرار التي تلحق بالبضاعة منذ تكلفه بها، حتى تسليمها الى المرسل اليه .

---

(1) _ وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي في كل أحكامه : المحكمة التجارية لمارسيل 4 جانفي 1957 ،المجلة البحرية الفرنسية 1958 _ 42 :

Il est contraire à la morale "
et aux bonnes moeurs de pretendre s'exonerer des consepuences de ses fautes personelles quand celles-ci causent un dommage à une personne humaine"

_ في نفس المعنى : الجزائر 20 جانفي 1892 د 92 _ 2 _ 264

(2) _ نص المادة 30 : " toutes clauses relatives à la responsabilité ou à la reparation sont autorisées dans les transports d'animaux vivants, et dans les transports de marchandés charges sur le pont conformément à l'articles 22 .

(3) _ مصطفى كمال طه : النقل البحري ط 1 _ 1974 ف 141

فأمام هذا القصور في التقنين البحري المصري ، فانه لا مناص من الرجوع الى القواعد العامة لتحديد مسؤولياتهم [1] . ولمعرفة مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية عن أخطاء الناقلين الشخصية .

فوفقا للقواعد العامة يعتبر صحيحا الشرط الذي يضعه الناقل ويقرر بمقتضاه أنه غير مسؤول عن الأضرار التي تصيب الشاحن أو المرسل اليه نتيجة خطأ صادر من جانبه، وذلك بالطبع في حدود الأخطاء اليسيرة [2] .

وقد لاحظ بعض الفقهاء [3] أنه بالامكان تطبيق المادتين 149 و 151 من التقنين المدني الجديد ، والمتعلقتين بعقود الاذعان ، وذلك حين يتبين للقاضي أن الشرط كان تعسفيا ، ويعتبر ما ذهب اليه هؤلاء الفقهاء نوعا من التخفيف لآثار الشرط بالنسبة للأطراف الضعيفة .

III ـ موقف معاهدة بروكسال من شرط الاعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية :

يتبين من نص المادة 83 من معاهدة بروكسال ، أن كل شرط يهدف الى اعفاء الناقل من مسؤوليته عن أخطائه الشخصية اليسيرة أو الجسيمة، يعتبر شرطا باطلا بطلانا مطلقا ، ولا يترتب عليه أي أثر [4] بالاضافة الى ذلك فقد حكمت نفس المادة

---

(1) ـ مصطفى كمال طه : الوجيز في القانون البحري ط 1 ـ 1974 ف 346

(2) ـ المادة 217 من القانون المدني المصري

(3) ـ سميحة القيلوبي : موجز القانون البحري ط 1 ـ 1970 ف 447

ـ علي جمال الدين عوض : الوسيط في القانون التجاري 1972 ف 418

ـ علي حسن يونس : عقد النقل 1965 ف 241

(4) ـ نص المادة 83 من معاهدة بروكسال : " كل شرط أو تعاقد أو اتفاق في عقد النقل يتضمن اعفاء الناقل أو السفينة من المسؤوليات عن الهلاك أو التلف اللاحق بالبضائع الناشيء من الاهمال أو الخطأ أو التقصير في الواجبات أو الالتزامات المنصوص عليها في هذه المادة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ولا يترتب عليه أي أثر " .

ببطلان كل شرط يتضمن اعفاء الناقل من المسؤولية صراحة،ولكنه في حقيقته بمثابة ذلك [1] ، فقد اعتبرت من قبيل هذا الشرط،التنازل الى الناقل عن الحقوق الناشئة عن تأمين عقده الشاحن.ومثاله أن يعقد الشاحن تأمينا ضد الأضرار التي تصيب البضاعة.ويدفع الأقساط اللازمة لذلك،ثم يتنازل عن الاستفادة من هذا التأمين الى الناقل الذي يتوصل بذلك الى تغطية مسؤوليته الناشئة عن أخطائه في تنفيذ عقد النقل [2] .

وقد ذكرت المعاهدة بعض الحالات التي يكون فيها الشرط صحيحا وهي :

1 ـ العمليات السابقة على الشحن أو اللاحقة للتفريغ [3] : فالمعاهدة لا تحكم هذه العمليات،اذ أنها لا تسري أحكامها الا على الفترة الواقعة بين الشحن والتفريغ ،فهذه الفترة قد نظمتها تنظيما الزاميا لا يجوز للمتعاقدين الخروج عنه ، ويترتب على ذلك أن الناقل اذا أراد الاحتجاج بشرط عدم المسؤولية أن يثبت أن الضرر قد وقع في العمليات السابقة على الشحن،أو اللاحقة للفريغ .

---

(1) ـ " ... ويعتبر كل شرط يتضمن التنازل الى الناقل عن الحقوق الناشئة من التأمين أو أي شرط آخر مماثل بمثابة اعفاء الناقل من المسؤولية "

(2) ـ علي حسن يونس : المرجع السابق ف 269

(3) ـ المادة الأولى من المعاهدة فقرة 7 جاء فيها أن :

" كلمة بضائع تشمل الأموال والأشياء والبضائع والمواد من أي نوع كانت، عدا الحيوانات الحية والمشحونات التي يذكر في عقد النقل أن نقلها يكون على ظهر السفينة،وتكون قد نقلت فعلا بهذه الطريقة .

2 ـ نقل الحيوانات الحية [1] : ويبرر هذا الاستثناء (من القاعدة العامة الواردة في المادة 3/ 8 الآنفة الذكر) على أساس أن مخاطر نقل الحيوانات كثيرة، كما أن تابع الشاحن في أغلب الأحوال يكون مرافقا لها .

3 ـ نقل البضائع على ظهر السفينة [2] : وذلك اذا توفر فيه شرطان :

ـ أن يذكر في عقد النقل أن البضاعة شحنت على ظهر السفينة.

ـ أن تكون البضاعة قد نقلت فعلا بهذه الطريقة [3]

ويترتب على ذلك أنه اذا حصل اتفاق بين الشاحن والناقل على أن البضاعة سيتم شحنها على ظهر السفينة دون ذكر ذلك في سند الشحن، فان شرط الاعفاء من المسؤولية يكون باطلا ، اذ أن أحكام المعاهدة هي التي تكون سارية المفعول عليه ، وهذا حماية للغير الذي لم يعلم بشحن البضاعة على ظهر السفينة ، ولكن في الحالة العكسية ، اذا كان الشاحن لم يتصرف في سند الشحن للغير، وتقدم بنفسه لاستلام البضاعة في ميناء الوصول، فانه في هذه الحالة لا يجوز له الاحتجاج بتطبيق المعاهدة ليتوصل الى ابطال الشرط بحجة أن سند الشحن لا يتضمن أن النقل يتم على ظهر السفينة، وذلك لأنه على علم به .

4 ـ الجهل بالوزن وما ماثله من الشروط : فقد أجازت المعاهدة للناقل أن يدرج في سند الشحن تحفظات خاصة فيما يتعلق بعلامات البضاعة أو عددها أو كميتها أو وزنها [4] ، وذلك في حالتين :

---

(1) ـ انظر نص المادة الأولى ف 7 ص 128

(2) ـ انظر نص المادة الأولى ف 7 ص 128

(3) ـ نقض مدني 17 مايو 1966 مجموعة أحكام النقض س 17 ص 1129
(عن مصطفى كمال طه : موجز في القانون البحرى 17 ف 377 / 2)

(4) ـ انظر المادة 3/ 4 من المعاهدة

الحالة الأولى : اذا وجد لدى الناقل أو وكيله سبب جدي يجمله على الشك في عدم صحة البيانات التي قدمها الشاحن .

الحالة الثانية : اذا لم تتوافر لدى الناقل الوسائل الكافية للتحقق من بيانات الشاحن .

5 — حالة الظروف الغير العادية [1] وحالة البضائع المشحونة [2] :

فقد أجازت المعاهدة في هاتين الحالتين للناقل أن يبرم مع الشاحن أي اتفاق يتعلق بمسؤولياته والتزاماته ، لكن بشرط :

— ألا يكون سند الشحن قابلا للتداول

— وأن يؤشر في وثيقة النقل على هذه الظروف الغير العادية التي يتم فيها النقل، أو على أوصاف البضائع المشحونة [3] .

IV — الموقف في الجزائر :

قد فرق التقنين البحري الجزائري بشأن تحديد مسؤولية الناقل البحري بين المسؤولية المترتبة عن نقل البضائع، وبين المسؤولية المترتبة عن نقل المسافرين وأمتعتهم ، وخص كل نوع من هذين النوعين من المسؤولية بأحكام خاصة . ولذلك فسوف أتناول كل نوع من هذين النوعين من النقل بصفة مستقلة :

---

(1) — ومن الأمثلة عليها : المرور بمناطق تجري فيها عمليات حربية

(2) — ومثالها : أن يتعلق الأمر ببضائع سريعة التلف

(3) — المادة 6 من المعاهدة — انظر في نفس المعنى : علي حسن يونس : المرجع السابق ف 270

1 _ نقـل البضـائع :

قد نص المشرع الجزائري من جانب على بعض الحالات التي يكون فيـــها شرط الاعفاء من المسؤولية باطلا [(1)] ،ومن جانب آخر قد نص على حالتين يكون فيهما شرط الاعفاء من المسؤولية صحيحا [(2)] .

فالحالات التي يكون فيها شرط الاعفاء من المسؤولية باطلا،فهي الحـالات المخالفة لأحكام المواد 770 _ 773 _ 802 _ 803 _ 804 من التقنين البحري .

وأما الحالتان اللتان يصح فيهما ورود شرط الاعفاء من المسؤولية فهما :

أ _ العمليات السابقة على بدء تحميل البضائع على السفينة والعمليات اللاحقة لنهاية تفريغها ،ولغاية تسليمها للمرسل اليه .

ب _ نقل الحيوانات والبضائع على سطح السفينة .

ان المتأمل _ في الحالات التي حددها المشرع والتي لا يصح فيـــها الشرط،وكذلك في الحالتين اللتين يصح فيهما الشرط _ يلاحظ أن هناك حالات أخرى غير كل هذه الحالات المذكورة تحتاج الى معرفة مدى صحة شرط الاعفــاء من المسؤولية فيها .

ان شرط الاعفاء من المسؤولية يعتبر صحيحا بالنسبة لكل الحالات الغير المذكورة في التقنين البحري،ذلك أنه لو كان في نية المشرع هو ابطال كل شرط من شأنه اعفاء الناقل من مسؤوليته،ما كان في حاجة الى ذكر المواد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها.وانما يكتفي فقط بالنص على أنه : " يعد كل شـــرط يهدف الى اعفاء الناقل من المسؤولية باطلا ،ثم يستثني فقط الحالتين الآخرتين اللتين حكم فيهما بصحة الشرط .

---

(1) _ المادة 811 من القانون البحري

(2) _ المادة 812 من القانون البحري

2 ـ نقل المسافرين وأمتعتهم :

لما تحث المشرع عن مسؤولية ناقل المسافرين لم يتعرض الى موضوع شرط الاعفاء من المسؤولية واكتفى فقط بتحديد الحالات التي يعتبر فيها الناقلون مسؤولين لذلك فلا مناص أمام هذا السكوت من الرجوع الى أحكام التقنين التجاري الذي تعرض لمسؤولية الناقلين

فبالنسبة للأضرار البدنية الحاصلة للمسافرين ، فيقع باطلا كل شرط يهدف الى اعفاء الناقل كليا أو جزئيا (1) .

وبالنسبة للمسؤولية المترتبة عن التأخير أو الأضرار الغير البدنية الحاصلة للمسافرين كتلف البضاعة أو ضياع الأمتعة فان الشرط يكون صحيحا في حدود الأخطاء اليسيرة (2) .

المطلب الثاني : مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية عن أخطاء تابعي النقل البحري :

للناقل البحري نوعان من التابعين : التابعون البحريون، والتابعون البريون، فالتابعون البحريون هم كل من الربان وضباط الملاحة والمهندسون والبحارة والمرشد وما الى ذلك من الأشخاص الذين يقدمون عملا بالسفينة مهما كان نوعه . اذ أن المهم أن يكون هذا العمل لصالح الرسالة البحرية (3)

---

(1) ـ المادة 65 من التقنين التجاري

(2) ـ المادة 66 من التقنين التجاري

(3) ـ ابراهيم مكي ابراهيم : دعوى المسؤولية على الناقل البحري 1973 رسالة فقرة 230

أما التابعون البريون، فهم الذين يعاونون المجهز، وتنحصر دائرة نشاطهم على البر، فلا يندرجون في عداد الطاقم، ولا يخضعون لأوامر الربان، بل يخضعون فقط لأوامر الناقل، ومثالهم العمال الذين يقومون بالاصلاحات في المواني، وكذلك المكلفين منهم بالشحن والتفريغ والتخزين، وكذلك عمال الناقل في مكاتبه ووكلائه الاداريين (1).

وان الشرط الذي يضعه الناقل ويعفي بمقتضاه نفسه من المسؤولية المترتبة عن أخطاء تابعيه، لا يشمل أخطاء كل تابعيه، وانما يشمل فقط أخطاء تابعيه البحريين دون تابعيه البريين، وقد درج على تسمية هذا الشرط بشرط الاهمال[2].

والسؤال المطروح: يتمثل في النظر في مدى صحة مثل هذا الشرط.

سنتناول بالبحث الوضع في فرنسا، ثم الوضع في مصر، وأخيرا الوضع في الجزائر

I _ الوضع في فرنسا :

هناك حالة واحدة قرر القضاء بطلان الشرط بشأنها، أما ما عداها فقد قرر صحة الشرط بصورة مطلقة، لذلك سنبحث أولا في القاعدة العامة التي قررها بشأن شرط الاهمال، ثم نبحث ثانيا في الاستثناء، وذلك على النحو التالي :

1 _ الحكم بصحة شرط الاهمال بصورة مطلقة

2 _ الاستثناء

---

(1) _ مصطفى كمال طه : الوجيز في القانون البحري 1971_ف 362

_ ابراهيم مكي ابراهيم : دعوى المسؤولية على الناقل البحري 1973 ف 230

(2) _ عبد الرحمن سليم : شرط الاعفاء من المسؤولية طبقا لمعاهدات سندات الشحن 1955 ص 49 :

ان شرط الاهمال الذي يضعه الناقلون غالبا ما يكون باللغة الفرنسية بالصيغة التالية :

" L'armateur n'est pas responsable de tout acte, erreur, négligence, ou faute quelconques des pilotes, du capitaine ou de l'équipage ou d'un autre membre du personnel de l'armateur ou dans la conduite du navire à la mer" .

١ ـ الحكم بصة شرط الاهمال بصورة مطلقة :

قد استقر القضاء الفرنسي أمام عدم وجود نص تشريعي على اعمال شـــرط الاهمال بصورة مطلقة (1) ، فجعله يغطي على حد سواء الأخطاء التجارية (2) والأخطاء الملاحية (3) سواء كانت يسيرة أو جسيمة ،عمدية أو غير عمدية (4) : وحجته في ذلك أن الناقل ليس حرا في اختيار الربان ذلك أن القانون واللوائـح تفرض عليه أن يختاره من بين الذين يحملون شهادات ومؤهلات معينة ،كما أنـــه في حالة عجز عن مراقبة الربان وسائر التابعين البحريين لأنهم يمارسون نشاطـــهم بعيد عنه (5) .

يعتبر في الواقع هذا التبرير غير صحيح لأن القانون اذ يشترط على الناقل اختيار الربان من بين من يحملون شهادات ومؤهلات معينة لا يفرض عليه شخصا معينا بذاته وانما له أن يختار من بينهم من يراه أصلح له وأقدر على أداء الرسالة

(1) ـ نقض مدني 21 جويلية 1888 سيري 88 ـ 1 ـ 820 : " *La clause : qui éxonore l'armateur de la responsabilité des fautes du capitaine, est valable, et elle rend l'armateur irresponsable, de toutes fautes que peut commetre le capitaine et non pas seulement des fautes nautiques* " .

ـ في نفس الاتجاه : نقض مدني 2 أبريل 1978 د . 1 ـ 479

(2) ـ وهي تلك الأخطاء التي ترتكب في شحن البضاعة وفي رصها وفي تفريغها

(3) ـ وهي تلك الأخطاء التي ترتكب في قيادة السفينة كقيادتها على وجـــه معيب فيتسبب من ذلك ضرر للبضاعة

(4) ـ ان شرط الاهمال يعفي الناقل اعفاء كليا من مسؤوليته ولا يكون أمـــام المضرور للمطالبة بالتعويض سوى الرجوع على مرتكب الخطأ سواء كان الربان أو أحد رجال الطاقم . والواقع أن هذا الرجوع وهمي وغير مجدي لعدم ملاءة متابعة التابع وجسامة الأضرار(عن مصطفى كمال طه المرجع السابـــق ف 363) .

(5) ـ *Juris classeur : Responsable civile maritime XXIX*

ـ انظر أيضا : ابراهيم مكي ابراهيم : المرجع السابق ف 231

ـ اسمـــــان المجلة الفصلية للقانون المدني 1926 ص 336

البحرية . وزد على ذلك أن القانون اذا فرض على الناقل اختيار الربان وفق الشروط التي حددها، انما فعل ذلك لصالحه ولنجاح الرحلة البحرية.فيكون في اطمئنان تام أنه قد عهد بالسفينة الى يد كفوءة وقادرة (1) . وأما القول بأن الناقل يكون في استحالة من مراقبة تابعيه البحريين؛ فهذا أيضا أمر ان كان يصدق في الماضي أيام أن لم يكن هناك وسائل علمية للاتصالات؛فانه لا يصدق اليوم، حيث أن وسائل الاتصالات من السرعة بحيث يكون في مقدوره أن يكون في حالة اتصال دائم ومستمر بهم . أضف الى ذلك،أن هذه الحجة على فرض أنها صحيحة،فلماذا اذن،اعمال شرط الاهمال بالنسبة للأخطاء التي يرتكبها التابعون البحريون في عمليات الشحن والتفريغ والرص التي تتم في الموانيء على وجه يسهل معه على الناقل أن يراقبهم وأن يوجههم، اما شخصيا،واما بواسطة وكيله في الميناء (2).

2 _ الاستثناء :

هناك حالة قد اتجه فيها القضاء الفرنسي الى مساءلة الناقل رغم وجود شرط الاهمال،وهي الحالة التي يستفيد منها الناقل شخصيا من أخطاء الربان أو التابعين البحريين (3) ،ومثال ذلك أن يحمل الربان السفينة ببضائع أكثر من طاقتها، ليحصل على أجرة اضافية لمصلحة الناقل (4) .

---

(1) _ ابراهيم مكي ابراهيم : المرجع السابق، ف 232

(2) _ ابراهيم مكي ابراهيم : المرجع السابق ف 232

(3) _ نقض مدني 5 يونيو 1920 _ د 1920 _ 1 _ 181 :

les clauses d'exoneration des fautes du capitaine .... ne peuvent être invoquées par l'armateur.... dans le cas de marchandises perdues par suite de leur chargement sur le pont au mépris des obligations du connaissement de ... " de sorte que l'armateur profitait de la différente entre le frêt de cale et le frêt de pontée . "

(4) _ مصطفى كمال طه : المرجع السابق، ف 363

_ عبد الرحمن سليم : المرجع السابق ص 47

قد انتقد الفقه هذا الاستثناء على أساس أنه لا يعدو أن يكون وسيلة ملتوية لمكافحة شرط الاهمال، اذ أنه على فرض أن الناقل قد استفاد شخصيا من من أخطاء تابعيه البحريين (الربان) فبوسع المضرور أن يطالبه بالتعويض بدعوى الاثراء بلا سبب ، أما اللجوء الى تعطيل الشرط بحجة اثراء الناقل، فحل غير سليم ومتناف مع مضمون العقد الذي هو شريعة المتعاقدين (1) .

II ـ الوضع في مصر :

لكل قاعدة استثناء ، فقد حكم القضاء بصحة شرط الاهمال بصورة مطلقة، واستثنى حالتين فقط . لذلك سنبحث تباعا القاعدة، ثم الاستثناء الوارد عليهما .

1 ـ صحة شرط الاهمال بصورة مطلقة :

قد جارى القضاء المصري قبل صدور القانون المدني الجديد سنة 1949، القضاء والفقه الغالبين في فرنسا، فحكم بصحة شرط الاهمال (2) واستمر على هذا النهج حتى ما بعد صدوره، اذ أنه قد وجد في المادة 217 منه السند القانوني الذي كان يفتقر اليه قبل ذلك .

ومما يدل على امعان القضاء المصري في اعمال شرط الاهمال بصورة مطلقة، ما ذهب اليه من افتراض أن الخطأ الذي سبب الضرر قد حدث بفعل الربان أو أحد التابعين البحريين دون ما حاجة الى تكليف الناقل بعبء اثبات صدور الخطأ من أحد تابعيه البحريين، ليتخلص من المسؤولية. وبذلك لا يكون أمام الشاحن الذي يريد مساءلة الناقل، الا اللجوء الى اثبات أن الخطأ الذي سبب له الضرر قد صدر من الناقل شخصيا أو من أحد تابعيه البريين (3) .

---

(1) ـ عبد الرحمن سليم : المرجع السابق ص 48
ـ مصطفى كمال طه : المرجع السابق ف 363
(2) ـ مصطفى كمال طه : المرجع السابق ف 364
(3) ـ ابراهيم مكي ابراهيم : المرجع السابق ف 235

فبهذا المسلك يكون القضاء المصري قد خالف ما استقر عليه القضاء الفرنسي، من أنه على عاتق الناقل نفسه يقع عبء اثبات توافر شروط تطبيق شرط الاهمال، وذلك باقامة الدليل على أن الضرر الذي حدث لم يكن مرجعه الى خطئه الشخصي، وانما الى خطأ أحد تابعيه البحريين (1) ، ويفسر ذلك برغبة القضاء الفرنسي في التخفيف من آثار شرط الاهمال، وهذا خلافا للقضاء المصري الذي ذهب الى اعماله بصورة مطلقة ومسرفة .

وبالاضافة الى ذلك ان اعمال شرط الاعمال بصورة مطلقة يجعل الناقلين ـ لما يروا أنفسهم بمنأى عن كل مسؤولية ـ غير حريصين على المحافظة على البضاعة، الأمر الذي يؤدي عملا الى تعدد السرقات، والى ضياع البضاعة .

ولتجنب مثل هذه النتيجة السلبية، يرى الأستاذ علي جمال الدين عوض أنه بامكان القضاء أن يحد من تعسف الناقلين، وذلك بالاستعانة بالمادة 149 من القانون المدني الجديد، والتي تجيز للقاضي اذا تم العقد بطريق الاذعان، اما تعديل الشروط التعسفية الواردة فيه، واما اعفاء الطرف المذعن منها كليا، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة (2) .

2 ـ الاستثناء :

هناك حالتان قد أبطل فيهما القضاء المصرى شرط الاهمال ، وهما :

ـ حالة صدور خطأ شخصي من الناقل مشترك مع خطأ الربان أو التابعين البريين (3) .

---

(1) ـ سميحة القبلوبي : موجز القانون البحري ف 450

(2) ـ علي جمال الدين عوض : الوسيط في القانون البحري 1972 ف 419

(3) ـ اسكندرية التجارية المختلطة 11 مايو 1925 16 ـ 14

ـ استئناف مختلط 13 يناير 1917 ب 29 ـ 188 (عن ابراهيم مكي ابراهيم : المرجع السابق ف 363) .

ـ حالة اجازة الناقل عمل الربان بعد وقوعه . اذ الاجازة اللاحقة كالاذعان المسبق . مما يجعل خطأ الربان كأنه خطأ شخصي من الناقل [1] .

III ـ الوضع في الجزائر :

يفهم من المادة 802 من التقنين البحري الجزائري بأن الناقل كما هو مسؤول عن أخطائه الشخصية ، يعد أيضا مسؤولا عن أخطاء تابعيه (البريين والبحريين) وذلك بالنسبة لكل خسارة أو ضرر يلحق بالبضاعة من اللحظة التي تكلف فيها بنقلها . الى أن يتم تسليمها الى المرسل اليه [2] .

وبالرجوع الى المادة 803 من نفس التقنين نلاحظ أنها قد أعفت الناقل من المسؤولية المترتبة عن أخطاء تابعيه البحريين اذا كانت أخطاء ملاحيه كقيادة السفينة على وجه معيب مما يؤدي الى تصادمها مع سفينة أخرى . وبذلك نرى أن الناقل في غير حاجة الى ادراج شرط الاعفاء من المسؤولية في سند الشحن بشأن الأخطاء الملاحية لتابعيه البحريين ، اذ أنه يعفى منها بقوة القانون .

وان السؤال الذي يبقى مطروحا يتمثل في البحث عن مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية بالنسبة للأخطاء التجارية لتابعيه البحريين ؟

ان المادة 811 من التقنين البحري تجعل أي شرط تعاقدي هدفه / أو أثره المباشر ، أو غير المباشر ، ابعاد المسؤولية الناجمة عن أحكام المادة 802 ، باطلا ، والمعروف أن المادة 802 هذه ، تجعل الناقل كما هو مسؤول عن أخطائه الشخصية ، يعتبر مسؤولا عن أخطاء تابعيه .

---

(1) ـ ابراهيم مكي ابراهيم : المرجع السابق ف ، 363

(2) ـ " نص المادة 802 : " يعد الناقل مسؤولا عن الخسائر والأضرار التي تلحق بالبضاعة منذ تكلفه بها حتى تسليمها الى المرسل اليه " .

ونخلص من ذلك أن الشرط الهادف الى اعفاء الناقل من المسؤولية المترتبة عن الأخطاء التجارية البحرية يعد شرطا باطلا .

وبهذا نرى أن المشرع الجزائري قد خالف ما استقر عليه القضاء في فرنسا، وكذلك ما أخذ به التشريع في مصر من اعمال شرط الاهمال بصورة مطلقة ، فقد قرر بطلان هذا الشرط بصفة نهائية .

المبحث الثاني

عقد البيع

قد حرص المشرع الجزائري في عقد البيع على حماية المشتري من غش البائع،وذلك بجعل هذا الأخير يضمن للمشتري الاستمرار ببقاء الشيء المبيع تحت يده،دون أن يتعرض له أحد حتى يتسنى له الاستفادة منه على النحو الذي أعد له (1) ،وهذا ما يطلق عليه اصطلاح " ضمان التعرض والاستحقاق " (2) ، كما يلتزم البائع أيضا بضمان كل عيب خفي يمكن أن يوجد في الشيء المبيع ويحول دون الانتفاع به الانتفاع الكامل (3) ،وهذا ما يطلق عليه اصطلاح : " ضمان العيوب الخفية " .

---

(1) — توفيق حسن فرج : عقد البيع والمقايضة 1979 ف 157

(2) — المادة 371 من القانون المدني الجزائري : : " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من من فعله أو من فعل الغير،يكون له وقت البيع حق على المبيع،يعارض به المشتري ،ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع،وقد آل اليه هذا الحق من البائع نفسه "

(3) — المادة 379 من القانون المدني الجزائري : " يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم
واذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ،أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع ،أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله ،فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو

وهكذا كما نرى يوجد نوعان من الضمان :

الأول : ضمان عدم التعرض أو الاستحقاق .

الثاني : ضمان العيوب الخفية .

وفيما يلي ، سنبحث في مدى صحة الشرط بالنسبة لكل نوع وذلك على النحو التالي :

-الفرع الأول : صحة شرط عدم التعرض والاستحقاق

الفرع الثاني : صحة شرط عدم ضمان العيوب الخفية

الفرع الأول : مدى صحة شرط عدم التعرض والاستحقاق :

قد يكون التعرض من البائع نفسه، و قد يكون من الغير ، فاذا كان التعرض من البائع نفسه سمي بالتعرض الشخصي ، وهذا النوع من التعرض قد يكون ماديا؛ أي لا يستند الى حق يدعيه على الشيء المبيع (1) ومثاله أن يفتح البائع محلا تجاريا مجاورا للمحل الذي باعه ويتجر فيه بنفس السلع بقصد جلب عملائه السابقين، الأمر الذي ينتج عنه أضرار للمشترى ، وقد يكون تعرضا قانونيا أي يستند الى حق يدعيه على الشيء المبيع (2) والذي من شأنه حرمان المشتري من كل أو بعض مزاياه، ومثاله أن يبيع البائع شيئا لا يملكه، ثم يملكه فيما بعد بأحد أسباب كسب الملكية، كالارث مثلا. فيتعرض حينذاك على المشتري ويدعي ملكيته له .

والبائع يضمن قانونا كلا النوعين من التعرض الشخصي (المادي منه والقانوني)

أما التعرض الذي يكون من الغير فهو أيضا بدوره قد يكون ماديا، وقد يكون قانونيا ، والبائع لا يضمن الا هذا النوع الأخير من التعرض (3)

---

(1) — محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل : شرح أحكام عقد البيع 1968 ف 150

(2) — نفس المرجع السابق ف 151

— توفيق حسن فرج : عقد البيع والمقايضة 1979 فقرة 169

(3) — المادة 371 من القانون المدني الجزائري.

فبعد أن حددنا نوع التعرض الذي يضمنه البائع بموجب القانون ، سنبحث في مدى صحة الاتفاق الذي يرمي الى جعل البائع معفى حتى من هذا النوع من الضمان .

قد يتخذ الاتفاق الرامي الى اسقاط الضمان بين البائع والمشتري احدى الصور الثلاث الآتية :

- قد يكون قاصرا على اسقاط الضمان بالنسبة لفعل محدد معين لا غير
- قد يكون خاصا بكل تعرض ينشأ عن الفعل الشخصي للبائع
- قد يكون عاما يشمل كلا النوعين من التعرض : الشخصي،والصادر من الغير .

الصورة الأولى لاتفاق اسقاط الضمان : هي الصورة التي يكون فيها شرط عدم الضمان قاصرا على فعل محدد معين يأتيه البائع ،

فيكون الشرط اذا ورد بهذه الصورة صحيحا وذلك لانتفاء سوء نية البائع، لكون المشتري من المفروض أن يكون قد أدخل في حسبانه عند تحديد الثمن، احتمال وقوع مثل هذا التعرض الجزئي (1) ، لكن بشرط :

أولا : أن يكون المشتري موافقا عليه .

ثانيا : ألا ينصرف الشرط الى اعفاء البائع من أخطائه الجسيمة أو الغش، طبقا لما تقضي به المادة 178 من القانون المدني الجزائري .

---

(1) - نقض مدني 17 جويلية 1962 - 1 . 534 : l'art I628 du code civil ne fait pas obstacle à la validité de la clause par laquelle l'acheteur qui a été pleinement rensógné sur une circonstance particuliere antérieure à la vente , suscóptible de provoquer éventuellement son eviction à acceptér d'en supporter le risque , sans pouvoir former de recours contre le vendeur"

الصورة الثانية لاتفاق اسقاط الضمان : هي الصورة التي يكون فيها شرط عدم الضمان يهدف الى اعفاء البائع من المسؤولية التي قد تنشأ عن تعرضه الشخصي للمشتري في الشيء المبيع .

وفي هذه الصورة يكون شرط عدم الضمان عاما، بحيث يشمل كل تعرض صادر منه شخصيا ، فبمقتضى المادة 378 من القانون المدني الجزائري يكون الشرط الوارد على هذه الصورة باطلا (1) .

ويفسر هذا البطلان على أساس أن الالتزام بضمان التعرض الشخصي يعد من جوهر عقد البيع (2) . وأن السماح للبائع باسقاطه يعني فتح الباب أمامه لارتكاب الغش (3) ، ومن ثم لا يصح أن يكون الغش سبيلا الى الاعفاء من الغش (4)

الصورة الثالثة لاسقاط الضمان : هي الصورة التي يرد فيها شرط اسقاط الضمان عاما، أي يشمل كل أسباب الاستحقاق ، فهو بذلك يشمل ثلاث حالات :

- الحالة الأولى : هي حالة التعرض الشخصي
- الحالة الثانية : هي حالة تعمد البائع اخفاء حق الغير
- الحالة الثالثة : هي حالة التعرض الصادر من الغير

---

(1) - نص المادة 378 / 1 : " يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك .

(2) - توفيق حسن فرج : عقد البيع والمقايضة 1970 ط 2 فقرة 220

(3) - بنفس المعنى : محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل 1968 ف 156

(4) - مصطفى الزرقاء : شرح القانون المدني السوري : عقد البيع والمقايضة ط 6 فقرة 177 .

تقضي المادة 377 / 1 من القانون المدني الجزائري [1] أنه يعتبر صحيحا شرط اسقاط الضمان اذا ورد عاما ، والسؤال المطروح يتمثل في مدى شمول الصحة كل الحالات الثلاثة السابقة المندرجة تحت شرط اسقاط الضمان اذا ورد عاما .

الحالة الأولى : هي حالة التعرض الشخصي : ان هذه الحالة مستبعدة لكون البائع لا يجوز له قانونا الاتفاق مع المشتري على اسقاطه [2] .

الحالة الثانية : هي حالة تعمد البائع إخفاء حق الغير : هذه الحالة أيضا مستبعدة لأن البائع لا يجوز له الاستفادة من غشه .

الحالة الثالثة : هي حالة التعرض الصادر من الغير : وهذا التعرض لا يوجد نص على استبعاده وبالتالي فهو يندرج تحت شرط اسقاط الضمان اذا ورد عاما .

ان هذا التعرض على الرغم من جواز استبعاده قانونا ، الا أنه لا يعفي البائع في حالة التعرض الصادر من الغير من رد قيمة الشيء المبيع . وهذا ما تقرره المادة 378 / 2 من القانون المدني الجزائري [3] ويفسر سبب ارجاع قيمة الشيء المبيع في حالة الاستحقاق على النحو المبين أعلاه ، الى كون المشتري لما دفع الثمن كان

---

(1) — نص المادة 377 / 1 : " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد ، أو ينقصا منه ، أو يسقطاه " .

(2) — انظر نص المادة 371 / من القانون المدني الجزائري ص 139

(3) — نص المادة 378 / 2 : " واذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير ، فان البائع يبقى مطالبا قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد " .

يرغب في تملك المبيع.أما وقد حرم منه بسبب عدم وفاء البائع عينا بالتزامه عن طريق دفع تعرض الغير، فانه على الأقل لا يحرم من استرجاع قيمة المبيع وقت نزع اليد. مع ملاحظة أنه لا يستطيع مطالبة البائع بعناصر التعويض الأخرى الباقية، وهي العناصر التي نصت عليها المادة 375 من القانون المدني الجزائري (1) .

وهناك حالتان ذكرتهما المادة 378/ 2 من القانون المدني الجزائري (2) وفيهما لا يلتزم البائع حتى برد قيمة الشيء المبيع وقت الاستحقاق ، وهما :

— الأولى : علم المشتري المسبق بسبب نزع اليد

— الثانية : شراء المشتري للشيء المبيع تحت مسؤوليته

<u>الأولى : علم المشتري وقت البيع بسبب الاستحقاق :</u>

ويعلل هذا الاستثناء على أساس أن المشتري أقبل على البيع مخاطرا، فوجب أن يتحمل مخاطرته، وخاصة أنه يعتبر قد أدخل في حسابه مثل هذه المخاطرة، الأمر الذي يؤثر في تقدير الثمن عند ابرام العقد (3)

---

(1) — قيمة الثمار التي الزم المشتري بردها الى الملاك الذي نزع يد المشتري عن المبيع .
— المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع، وكذلك المصاريف الكمالية اذا كان البائع سيء النية .
— جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يبقيه منها، لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373 .
— وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر أو ما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع .

(2) — واذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير فان البائع يبقى مطالبا قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد، الا اذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع نزع اليد، أو أنه اشترى تحت مسؤوليته (نص المادة 378/ 2 م.ج) .

(3) — محمد لبيب شنب، ومجدي صبحي خليل : المرجع السابق فقرة 180

ويقع عبء اثبات علم المشتري بسبب الاستحقاق على عاتق البائع ، وهذا الاثبات يكون بكافة الطرق بما في ذلك الشهادة والقرائن، لأن مسألة العلم بسبب الاستحقاق واقعة مادية (1) .

الثانية : شراء المشتري المبيع تحت مسؤوليته ، أو كما يعبر المشرع المصري " أن يشتري ساقط الخيار " :

وقبل معرفة تحليل الفقه لسبب عدم استطاعة المشتري الرجوع على البائع وقت الاستحقاق حتى بقيمة الشيء المبيع، لا بد من الاجابة عن السؤال التالي : هل يكفي لاسقاط الضمان أن يكون قد نص في العقد أن المشتري قد اشترى على مسؤوليته دون أن ينص فيه على شرط عدم الضمان ؟

يرى الفقه المصري أنه يكفي لسقوط الضمان كلية أن يرد في العقد شرطا يقضي باسقاط الخيار، دون حاجة لأن ينص فيه صراحة على شرط عدم الضمان .

وقد علل ذلك على أساس أن المشتري لما اشترى ساقط الخيار، فذلك يفترض حتما شرط اسقاط الضمان عن البائع (2) .

وهذا الرأي في اعتقادي يتماشى مع منطق الأمور ، ذلك أن شراء المشتري للشيء المبيع تحت مسؤوليته هو في الواقع اعفاء ضمني للبائع من المسؤولية .

---

(1) _ محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل : المرجع السابق ف 180

(2) _ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في القانون المدني عقد البيع الجزء 4 نبذة 359 _ 1960

_ محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل : المرجع السابق ف 180

وقد علل الفقه سبب عدم استطاعة المشتري الرجوع على البائع وقت الاستحقاق حتى بقيمة الشيء المبيع، أن العقد المبرم بهذه الصورة يتخذ طابع الاحتمالية. ويعتبر المشتري قد اشترى بعقد احتمالي، ومن الجائز حينئذ أن يتم الشراء بثمن أقل من ثمن المثل أملا في عدم استحقاقه من طرف الغير (1). وعلى ذلك لا يكون للمشتري وقت الاستحقاق الحق في الرجوع على البائع حتى بقيمة الشيء المبيع، وهذا سواء في حالة الاستحقاق الكلي أو الجزئي (2).

الفرع الثاني : شرط عدم ضمان العيوب الخفية :

يتبين من نص المادة 384 من القانون المدني الجزائري (3) أنه يعتبر صحيحا الاتفاق الذي يتم بين البائع والمشتري، وبمقتضاه يسقط الضمان المتعلق بالعيوب الخفية، لكن بشرط أن تتجه اليه ارادتهما الأكيدة. وهذا هو المقصود بلفظ " اتفاق خاص " الوارد في عبارة النص، وعليه فاذا اكتفى فقط في العقد بالنص على أن المشتري قد عاين المبيع معاينة كافية للجهالة، فان هذا غير كاف لافتراض الاعفاء من الضمان .

وهكذا نلاحظ أنه يجب أن ينص صراحة في العقد على شرط ضمان العيوب الخفية .

---

(1) ـ سمير عبد السيد تناغو : عقد البيع 1973 الناشر منشأة المعارف ف 73

(2) ـ توفيق حسن فرج : المرجع السابق ف 220

(3) ـ نص المادة 384 :

" يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا تعمد البائع اخفاء العيب في المبيع غشا منه "

قد يتعمد البائع اخفاء العيب الذي في المبيع غشا منه ،فاذا كان الأمر كذلك،فان الشرط لا ينتج أثره ويكون حينئذ للمشتري الحق في الرجوع على البائع بالضمان [1] . وهذا ما قرره نص المادة 384 من القانون المدني الجزائري [2]، ويقع عبء اثبات ذلك الغش على عاتق المشتري ، ويكون بكافة الطرق ،ويلاحظ في هذا الصدد ،أن هناك قرائن تعين على اثبات علم البائع بالعيب، كأن يكون صانعا أو تاجرا يبيع منتجات صناعته فيفترض فيه علمه بالعيب [3] ، لكن مع التنبيه الى كون هذه القرائن لا تكفي بذاتها ،وانما يتعين زيادة على ذلك اثبات تعمده في اخفاء العيب غشا منه ،وبذلك نرى أن مهمة هذه القرائن تنحصر فقط في تسهيل الاثبات وتيسيره لا غير .

ومتى كان شرط عدم ضمان العيوب الخفية صحيحا،فانه يعفي البائع من الضمان كله،ولا يكون للمشتري أي حق في مطالبة البائع بالتعويض،بل وحتى برد قيمة الشيء المبيع .

وهكذا يظهر لنا أن أثر شرط عدم ضمان العيوب الخفية مطلق،على خلاف أثر شرط عدم ضمان التعرض والاستحقاق ،والذي كما رأينا ينحصر أثره فقط في حالة صحته في اعفاء البائع من التعويض،دون اعفائه من رد قيمة المبيع، وذلك في الحالة التي لا يكون فيها المشتري على علم بهذا الاستحقاق، أو أنه اشترى تحت مسؤوليته .

---

(1) — محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل : المرجع السابق ف 207

(2) — " .. ان كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا اذا تعمد البائع اخفاء العيب في المبيع غشا منه "

(3) — توفيق حسن فرج : المرجع السابق فقرة 269 / 2

المبحث الثالث

عقـــــد المقـــــاولـــة

"عقد المقاولة هو ذلك العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (1) " .

سترى، في هذا المبحث بالنسبة لهذا العقد نوع الضمان الذي يلتزم بـــه المقاول والمهندس المعماري ، ثم مدى صحة الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية المترتبة عن الاخلال بهذا الضمان .

وعليه فسوف نقسم هذا المبحث الى فرعين :

ـ الفرع الأول : نتناول فيه أنواع الضمان

ـ الفرع الثاني : مدى صحة شرط الاعفاء من الضمان.

الفرع الأول : أنواع الضمان :

يوجد في عقد المقاولة نوعان من الضمان :

النوع الأول : هو الضمان بوجه خاص (2) : فهو ما يتعلق بمـــا يصيب ما أقامه المقاول أو المهندس المعماري من مبان أو منشآت ثابتة أخرى مـــن تهدم كلي أو جزئي ، بل ويمتد هذا الضمان ليشمل التهدم الناشئ عن عيـــب في الأرض،وكذلك الناشئ عن ما يوجد في المباني من عيوب تهدد متانتـــها وسلامتها .

---

(1) ـ المادة 549 من القانون المدني الجزائري.

(2) ـ انظر السنهوري : الوسيط في القانون المدني ج 7 ف 59

وقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من الضمان في المـــــادة 554 / 1 (1) كما حددته مدته ب 10 سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل مـــن طرف رب العمل نهائيا (2) ، وأعفى المهندس المعماري منه اذا اقتصر عمله فقط على وضع التصميم، دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ ،ففي هذه الحالة لا يسأل الا عن العيب المترتب عن هذا التصميم (3) .

النوع الثاني : هو الضمان بوجه عام : ويقصد به ما يجب على المقـــاول أو المهندس المعماري أن يضمنه فيما عدا الحالات المترتب عليها التهدم الكـــلي أو الجزئي للبناء، أو تهديد سلامته ومتانته .

فهذا الضمان كما جلي يتعلق بصفة خاصة بالعيوب في الصنعة أي تلـــك التي تقضي أصول الحرفة بأن يكون المقاول، أو المهندس المعماري مسؤولا عنها .

---

(1) ـ نص المادة 554 / 1 :
" يضمن المهندس المعماري والمقاول، ومتضامنين، ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان وأقاماه من منشآت ثابتـــة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض،ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتـــب عليها تهديد متانة البناء وسلامته "

(2) ـ المادة 554 / 2 : " تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمـــل نهائيـــا "

(3) ـ المادة 555 : " اذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولا الا عن العيوب التي أتت من التصميم "

الفرع الثاني : مدى صحة شرط الاعفاء من الضمان بنوعيه :

ا . الحكم على شرط الاعفاء من الضمان يختلف من حيث الصحة أو البطلان باختلاف نوع الضمان .

وقد رأينا أن هناك نوعان من الضمان ، لذلك سنرى :

أولا : مدى صحة شرط الاعفاء من الضمان بوجه خاص

ثانيا : مدى صحة شرط الاعفاء من الضمان بوجه عام

أولا : شرط الاعفاء من الضمان بوجه خاص :

ان الاتفاق على الاعفاء من الضمان بوجه خاص يعد باطلا، وذلك بتصريح نص المادة 556 من القانون المدني الجزائري (1) .

وقد قيل في تبرير هذا المسلك الذي اتجه اليه المشرع الجزائري وكذلك المشرع المصري (2)، ان رب العمل لا يكون عادة ذا خبرة غنية في أعمال البناء ولذلك حماه القانون هذه الحماية الخاصة، وذلك بجعل المهندس والمقاول مسوءولين أمامه بالتضامن خلال عشر سنوات ، وهي مدة كافية لاختبار متانة البناء وسلامته (3) .

هذا بالاضافة الى كون النظام العام هو أيضا بدوره يهمه أن تكون البناءات المشيدة قد أقيمت على أسس متينة وصلبة (4) .

---

(1) ـ نص المادة : " يكون باطلا كل شرط يقصد به اعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان، أو الحد منه "

(2) ـ المادة 653 من القانون المدني المصري.

(3) ـ السنهوري : المرجع السابق ف 67

(4) ـ بلانيول وريبر : القانون المدني الجزء IX ف 975.

وهكذا نرى أنه لا يجوز للمقاول ، ولا للمهندس المعماري أن يشترط في عقد المقاولة ابراء ذمته من هذا الضمان، بمجرد تسلم رب العمل للبناء .

ثانيا : شرط الاعفاء من الضمان بوجه عام :

هذا الضمان بوجه عام ليس من النظام العام (1) ، فلا يشمله نص المادة 556 من القانون المدني الجزائري ، اذ أن هذا النص متعلق فقط بالضمان المنصوص عليه في المادتين السابقتين عليه ، وهما الخاصتان بالضمان بوجه خاص ، ودليل ذلك ، أن المادة 557 (2) التي أتت بعد هذا النص ، لما ذكرت مدة التقادم ، ذكرت نوع دعوى الضمان المتعلقة به ، فقالت : "دعاوى الضمان المذكورة أعلاه " ، وهي بطبيعة الحال تلك الدعاوى الناشئة عن مخالفة نص المادتين 554 و 555 .

وهكذا نرى أنه يجوز الاتفاق على اعفاء المهندس المعماري ، وكذلك المقاول من الضمان العام ، وهو الضمان الخاص بالعيوب في الصنعة ، والضمان الخاص أيضا بمخالفة قوانين البناء ولوائحه (3) .

ويلاحظ أن هذا الاتفاق لا يعتبر صحيحا الا في حدود الأخطاء الشخصية اليسيرة للمهندس المعماري أو المقاول ، أما عن أخطاء مستخدميهم ، فالشرط صحيح حتى بالنسبة لأخطائهم الجسيمة والعمدية ، وذلك تطبيقا للقواعد العامة (4) .

---

(1) السنهوري : المرجع السابق : ف 59

(2) ـ نص المادة 557 : " تتقادم دعاوى الضمان المذكورة أعلاه بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب " .

(3) ـ فقد أجاز القضاء الفرنسي مثل هذا الاتفاق ، نقض فرنسي 4 جويلية 1838 سيري 1838 ـ 1 ـ 726 . وقد علل ذلك أن رب العمل يستطيع الالمام بهذه القوانين .

(4) ـ انظر المادة 178 من القانون المدني

الفصل الثاني

تطبيقات شرط الاعفاء على المسؤولية التقصيرية

لا أتناول في هذا الفصل كل الحالات التي يمكن أن يتصور فيها وجود معرفة سابقة بين من ستقوم بينهما مستقبلا المسؤولية التقصيرية ، والكيفية التي واجه بها القضاء والفقه حالات الاتفاق على الاعفاء منها ، وانما أكتفي فقط بايراد حالتين كانتا ولا زالتا موضوعا لنقاش بين الفقهاء ، وهما :

_ النقل المجاني

_ علاقات الجوار

وسوف أخصص فيما يلي مبحثا خاصا لكل حالة من هاتين الحالتين على حدة :

المبحث الأول : أخصصه للنقل المجاني

المبحث الثاني : أخصصه لعلاقات الجوار

المبحث الأول

النقل المجاني

النقل المجاني هو ذلك النقل الذي يتم بدون أجر، ولا يكون فيه للناقل أي مصلحة في النقل، فلا يجنيء منه فائدة، ولا يشبع منه حاجته ، فهو يقوم به مجاملة لصديق، أو مروءة منه لآخر [1] ، كأن يستصحب شخصا صديقا له في سيارته في نزهة أو الى مكان معلوم [2] ، أو أن يتطوع مجانا في نقل شخص وجده في طريقه .

(1) _ زكي ابراهيم : مشكلات المسؤولية ص 112

(2) _ السنهوري : الوسيط في القانون المدني ج 1 ط 2 فقرة 546

وقبل البحث في مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية بالنسبة لهذا النوع من النقل ، أرى أنه من الواجب أولا البحث عن نوع المسؤولية المترتبة عنه . ذلك أنه اذا انتهينا الى القول بأنها مسؤولية عقدية فلا داعي عندئذ للبحث عن صحة الشرط الهادف الى الاعفاء منها ، اذ أن الموضوع قد فصلنا فيه القول في القسم الأول . أما اذا كان العكس بأن انتهينا الى القول بأنها مسؤولية تقصيرية ، فهنا يثور التساؤل عن مدى صحة الشرط الهادف الى الاعفاء منها .

ولذلك سوف أعالج هذا المبحث الأول في فرعين :

- <u>الفرع الأول</u> : أبحث فيه عن نوع المسؤولية المترتبة عن النقل المجاني

- <u>الفرع الثاني</u> : أبحث فيه عن مدى صحة شرط الاعفاء من المسؤولية المترتبة عن النقل المجاني

<u>الفرع الأول</u> : <u>نوع المسؤولية المترتبة عن النقل المجاني</u> :

ذهب بعض الفقه [1] وكذلك جانب من القضاء [2] الى القول بقيام عقد بين الناقل المجاني والمنقول ، فمن يعرض الركوب في سيارة لنقله مجانا لا يمكن اعتباره غيرا ازاء حارس السيارة ، حقا لا يوجد بينهما بداهة عقد نقل - لأن

---

(1) - لالو : المسؤولية المدنية - فقرة 187 ص 122

Transport gratuit: Lambert-Faibre -

فقيه Doctrine ص 91 وما بعدها

(2) - إستئناف ديجون 9 أكتوبر 1928 ق . ب 1928 - 2 - 885

" ... Celui qui sollicite ou accepte de monter dans une voiture , sinon par un véritable contrat de transport , du moins par une convention sui - généris ayant un caractèreunilatéral et de bien - faisance , dans la portée et les conditions doivent être déterminées par la recherche de l'intention des parties "

- استئناف ديجون 14 يونيو 1927 ق . ب 1927 - 2 . 500

- استئناف ديجون 2 ماي 1929 ق . ب 1929 - 2 - 60

احدى خصائص هذا الأخير المعاوضة — ولكن قد قام بينهما نتيجة تباد الرضا اتفاق من نوع خاص ، لا يمكن انكاره تأسيسا على أن الالتزام بالنقل الذي نشأ عنه يمكن الرجوع عنه بالارادة المنفردة ، فهو بذلك يشبه في طبيعته الوكالة المجانية أو العارية (1) .

لم يأخذ أغلب الفقه (2) وكذلك أغلب القضاء (3) ، بهذا الرأي ، وذلك على أساس أن الناقل بالمجان لا تنصرف ارادته البتة الى ترتيب أثر قانوني على عرضه أو قبوله بالنقل ، كما أن من يتقبل هذا النوع من النقل لا يقصد ترتيب التزام في ذمة ناقله بالمجان يطالبه بأدائه له (4) .

وهكذا نرى أنه ينبغي أن نستبعد المسؤولية العقدية في حالة النقل بالمجان ، اذ أن المسؤولية المترتبة هي المسؤولية التقصيرية (5) .

---

(1) — زكي ابراهيم : المرجع السابق ص 113

(2) — السنهوري : المرجع السابق فقرة 546

— وحيد الدين سوار : المرجع السابق ص 682

— كولان وكابيتان : القانون المدني ج 2 فقرة 1121

— جوسران : تعليق على نقض فرنسي 29 مارس 1927 د 1927 — 1 — 137

(3) — نقض مدني 11 جوان 1928 ق . ب 1928 — 2 — 307 : "ces derniers(ceux" qui ont pris place dans une voiture à titre benevole)ne peuvent obtenir des dommages interêts du gardien de l'automobile qu'en prouvant qu'il a commis une faute dans les termes des articles 382 et 383 du code civil"

(4) — السنهوري : المرجع السابق فقرة 546

— ابراهيم زكي : المرجع السابق ص 114

(5) — "لا بد من التنبيه الى أن المجانية في النقل لا تتنافر مع فكرة العقد — فقد يكون النقل مجانيا ورغم ذلك يقوم عقد بين الطرفين ، وفي هذا الصدد لا بد من الرجوع الى نية الطرفين هل قصد الى انشاء التزام بالنقل أم لا لكن بشرط أن تكون الارادة واضحة في انشائه ، ويفسر الشك بالنفي لا بالاثبات =

الفرع الثاني : مدى صحة شرط الاعفاء في حالة النقل المجاني :

انتهينا الى القول في الفرع الأول بأن المسؤولية المترتبة عن النقل المجاني هي مسؤولية تقصيرية ، ومن ثم فان الشرط الرامي الى الاعفاء منها يعتبر باطلا ، وهذا بصريح نص المادة 178 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري .

وأما القضاء الفرنسي ، فهو بدوره قد حكم أيضا ببطلان الشرط ، فقد جاء في حكم صادر من محكمة النقض الفرنسية بأنه في حالة عدم اثبات أي خطأ في جانب المضرور ، فان قضاة الموضوع لا يحق لهم افتراض تنازل المضرور عن المطالبة بالتعويض ، والقاء عبء اصلاح الضرر على عاتقه (1)

فقد انتقد جانب من الفقه (2) موقف القضاء الفرنسي من شرط الاعفاء من المسؤولية في حالة النقل المجاني ، وقال أنه ليس هناك ما يخشى في حالة جواز مثل هذا الشرط ، كأن يخشى السائق لما يرى نفسه بمنأى عن تحمل المسؤولية يسوق سيارته بمنتهى الاهمال ، والواقع أنه لا يمكن أن يصدر منه مثل هذا الاهمال

* وأن أهم صورة له تظهر في التصريحات بالانتقال مجانا الذي يمنحه أمناء النقل باتفاقهم مع السلطات العامة لبعض الطوائف كرجال الدرك أو الشرطة وأن الفقه يعتبر في هذه الحالات هذا النوع من النقل عقدا بين الناقل والراكب "

(1) ـ نقض مدني 18 جويلية 1934 د 1935 ـ 1 ـ 38 : تعليق روجز :

" de principe suivant lequel la victime d'un accident ne peut renoncer d'avance à demander réparation du dommage résultant d'une faute délictuelle, ne comporte aucune derogation en cas de transport gratuit

En l'absence de toute faute à l'encontre de la victime , les juges du fond ne sauraient état d'une prétendue renonciation de celle-ci à reclamer des dommages intérêts pour laisser à sa charge les réparations aux qu'elles elle a droit "

ـ في نفس الاتجاه : نقض مدني 3 جانفي 1933 ـ 113

ـ نقض مدني 28 نوفمبر 1962 د 1963 ـ 465 تعليق بوريكان

(2) ـ روجز : تعليق على نقض مدني 18 جويلية 1934 د 1935 ـ 1 ـ 38

ـ ريكول : تعليق على استئناف قرونوبل 15 نوفمبر 1925 دالوز 1926ـ2ـ121

لأنه هو بذاته يخاطر بحياته في نفس الوقت الذي يخاطر فيه بحياة الغير [1]. كما أن الحكم على الناقل بالمجان ، بالتعويض عن خطئه اليسير يعني السعي السنى ... تحطيم قواعد الأخلاق في القانون [2] ، فالسائق لما يرى مسؤوليته قائمة حتى في حالة خطئه اليسير ، فانه يمتنع عن القيام بنقل بعض المرضى مجانا ، وكذلك بنقل من يجدهم في طريقه . كل ذلك خوفا من قيام مسؤوليته عن أبسط خطأ يصدر منه "

المبحث الثاني

العلاقات الجوارية

تعتبر العلاقات الجوارية من بين الموضوعات الهامة التي يمكن فيهـا أن نتصور وجود معرفة سابقة بين من ستقوم بينهما المسؤولية التقصيرية ، ذلك أنه في غير هذا الموضوع فانه من النادر أن نتصور وجود مثل هذه المعرفة المسبقة .

والسؤال المطروح هو : ما حكم الشرط الرامي الى الاعفاء من المسؤولية التقصيرية المترتبة عن العلاقات الجوارية ؟

يعتبر مثل هذا الشرط باطلا في التشريع الجزائري ، وذلك استنادا الى نص المادة 178 / 3 من القانون المدني الجزائري .

والقضاء الفرنسي بدوره قد سار على نفس الاتجاه اذ نجده يبطل كل شرط من شأنه الاعفاء من المسؤولية المترتبة عن العلاقات الجوارية [3] ، على أساس أن النصوص الواردة في المواد 1382ـ 1386 من القانون المدني الفرنسي تتعلق كلها بالنظام العام ، وأنها صادرة عن ارادة المشرع الآمرة ، فلا يجوز مخالفتها [4] .

(1) ـ روجز : المرجع السابق ص 38

(2) ـ ريكول : المرجع السابق ص 121

(3) ـ انظر نقض مدني 17 فبراير 1955 د 1956 ـ 17 : هذا الحكم متعلق بالمسؤولية التقصيرية المترتبة في حالة اندلاع النيران وانتقالها بين الجيران

(4) ـ جورج سيوفي : النظرية العامة للموجبات والعقود جـ1 بيروت 1960 ف 361

ولم يورد هذا القضاء عن حكمة ببطلان شرط الاعفاء من المسؤولية التقصيرية المترتبة عن العلاقات الجوارية الا استثناء واحدا يتعلق بالمسؤولية التقصيرية الناشئة بين صاحب الامتياز على منجم وأصحاب الأراضي المجاورة له، أو مع مالك الأراضي ذاتها التي يتواجد عليها المنجم (1) .

وقد برر القضاء موقفه هذا على أساس أن المسؤولية المترتبة في هذه الحالات هي مسؤولية بدون خطأ ، فصاحب المنجم تقوم مسؤوليته أمام مالك الأرض المجاورة لما يصيبه أي ضرر من جراء الاستغلال ، وهذا دون الحاجة الى البحث هل ارتكب صاحب المنجم خطأ أم لا ؟ (2) .

وقد انتقد الفقيه مازو وزميله تنك هذا الموقف الضيق الأفق، ورأيا أنه لا يوجد أي مبرر يمنع من جعل هذا الموقف يشمل الحالات الأخرى التي تقوم فيها المسؤولية التقصيرية بين المتجاورين ، فيكون شرط الاعفاء من المسؤولية صحيحا بشأنها على غرار الحكم بصحته بين صاحب الامتياز على منجم، وأصحاب الأراضي المجاورة

فلو أن القضاء الفرنسي قد اتخذ مثل هذا الاجراء. وجعل موقفه يشمل كل الحالات التي تقوم فيها المسؤولية التقصيرية بين المتجاورين، لكان موقفه كاملا ومتناسقا وبعيدا عن نقد النقاد .

---

(1) ـ نقض مدني 12 ديسمبر 1879 دالوز 1879 ـ = ـ 337
في نفس الاتجاه :
ـ نقض مدني 18 جوان 1899 سيري 1901 ـ 1 ـ 497
ـ نقض مدني 27 جويلية 1938 قازيت دي باليه 1938 ـ 2 ـ 669
ـ انظر أيضا ص : 18

(2) ـ الدوائر المجتمعة في محكمة النقض 23 جويلية 1862 د 1862

(3) مازو وتنك : المسؤولية المدنية ج 3 فقرة 2570

الخاتمـــــــــة

من خلال استعراضنا لموضوع شرط الاعفاء من المسؤولية، ولموقف التشريعات المختلفة من مدى صحته، ومناقشات الفقه ومجادلاته ، يتبين لنا أن هذا الشـــرط يتمتع بخطورة كبيرة تتمثل في الطريقة المثلى لاقامة التوازن بين المستفيد مـــن الشرط (وهو غالبا يكون في مركز قوة يستطيع به أن يملي شروطه على غيره) والطرف المعروض عليه الشرط لقبوله، وهو في أغلب الأحوال يكون في مركز ضعف ، لا يسعه الا قبوله .

وتتجلى أيضا هذه الخطورة في الخوف من مخالفة النظام العام، كما هــو الحال بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، أو الشرط الرامي الى الاعفاء من الغش .

والواقع أن هذه الخطورة لا تظهر بوضوح كبير الا في المجتمعات التي يسود فيها المذهب الفردي ، حيث أن أغلب المرافق الحيوية والمؤسسات التي تقدم خدماتها للجمهور يمتلكها القطاع الخاص . فنجد مثلا النقل، فان المؤسســـات القائمة به في مثل هذه المجتمعات لا تمتلكها الدولة، وانما هي ملك لبعض الأفراد .

ان هذه المؤسسات الكبرى التابعة للقطاع الخاص تسعى دوما وراء الربح، ولا يهمها أحوال الجمهور، فتضع شروطا مجحفة لعملائها، وما على الراغبين منهـــم في التعاقد معها الا قبولها ، ويظهر شرط الاعفاء من المسؤولية من بين هـــذه الشروط ، والفرد يجد نفسه مضطرا الى التعاقد وقبوله، لأن أغلب المرافق الحيوية الموجودة في البلاد هي في أيدي هؤلاء الرأسماليين، فأينما يذهب، وحيثما يتجه لا يصطدم الا بنفس الشروط، وهنا يرضخ للأمر الواقع ويقبل هذه الشروط دون مناقشــــة .

فتمشيا مع روح الفردية المسيطرة على المجتمع ولسيادة مبدأ سلطان الارادة ـ الذي يقوم على أساس أن كل ما ارتضاه الملتزم دنيا في ذمته يكون صحيحا ويرتب أثره، لأن التزامه انما بني على ارادته [1] ـ كان من المفروض أن القضاء الفرنسي ـ اعتمادا على هذا الاعتبار ـ أن يتبنى بشأن شرط الاعفاء من المسؤولية موقفا مغايرا لموقفه السلبي تجاهه: اذ كان قبل 1874 يقرر بطلان الشرط بصفة مطلقة [2]، ثم بعد هذه السنة اعترف له بأثر جد محدود يتمثل في قلب عبء الاثبات وجعله على عاتق الدائن [3]، فبعد أن كان المدين هو الذي يقع عليه عبء اثبات أن عدم التنفيذ راجع الى سبب لا يد له فيه، أصبح الدائن نتيجة شرط الاعفاء من المسؤولية هو الذي يقع عليه هذا العبء .

اذن كما رأينا، هذا الموقف مغاير تمام المغايرة للمبدأ الأكثر انتشارا في المجتمع، والذي نص عليه حتى التشريع في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والذي مؤداها أن الاتفاق اذا تم شرعا يقوم مقام القانون لمن تعاقد . فكان ينبغي اذن على القضاء الفرنسي أن يحكم بصحة الشرط، ويرتب عليه أثره الكامل المتمثل في اعفاء المدين من المسؤولية .

فما هو يا ترى الذي دفع بالقضاء الى تبني هذا الموقف المتعارض مع مبدأ سلطان الارادة .

ان توخي العدالة، والسعي لاقامتها بين المتعاقدين، هو في اعتقادي الذي دفع بالقضاء الي تبني الموقف الآنف الذكر، كما أن نص المادة 1134 ذاته لا يصلح

---

(1) ـ عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد ط 1 ف 99 . ص 100

(2) ـ نقض 26 جوان 1859 د 1859 ـ 1 ـ 66

ـ نقض 24 أبريل 1865 سيري 1865 ـ 1 ـ 215

(3) ـ نقض مدني 4 فبراير 1874 د 1874 . 1 ـ 305

ـ نقض 9 نوفمبر 1915 د 1921 ـ 1 ـ 23

ـ نقض 19 ديسمبر 1923 قازيت دي باليه 1924 ـ 1 ـ 256

أساسا الاعتماد عليه في تقرير مبدأ سلطان الارادة بصورة مطلقة، اذ أن الفقرة الثانية من هذه المادة تقرر أن حسن النية هو الأساس والرائد في تنفيذ العقود، كما تقرر المادة 1135 من القانون المدني أن العقد لا يلزم المتعاقدين بما اشتمل عليه فحسب، بل هو يلزمهما أيضا بما تقتضيه العدالة والعرف، وبما يقرره القانون من أحكام طبقا لطبيعة الالتزام (1) .

ويعتبر قانون رابيه الصادر سنة 1905 أصدق دليل على نوعية الأساس الذي بنت عليه محكمة النقض موقفها الآنف الذكر والمتمثل في قلب عبء الاثبات، فهذا القانون قد أبطل الشرط بصورة مطلقة في النقل البري للبضائع (2) ، لأن في هذا النوع من النقل لا يقف المتعاقدان على مستوى واحد، بل هناك ارادة تفرض شروطا مجحفة، وارادة ترضخ وتقبل، لوقوعها تحت ضغط الحاجة .

ان هذا التبرير لموقف القضاء الفرنسي يدفعنا الى طرح تساؤلين :

التساؤل الأول : لماذا في أواخر الخمسينات من القرن العشرين قد عدل القضاء الفرنسي من موقفه، وأصبح يعترف بالشرط ويجعل في مقدوره تغطية الأخطاء اليسيرة ؟

التساؤل الثاني : لماذا أباح القضاء الفرنسي شرط الاهمال بصورة مطلقة؟ كان الأولى به أن يقرر بطلانه، أو على الأقل يعطي له نفس الأثر الذي أعطاه لبقية شروط الاعفاء من المسؤولية .

بالنسبة للتساؤل الأول : ان القضاء الفرنسي بتعديله، لموقفه الذي استمر من 1874 حتى بداية الخمسينات، يكون قد عاد اليه الاطمئنان من أن اباحة الشرط وجعله يغطي الأخطاء اليسيرة، لا ضرر فيه ، اذ أنه من جهة، لا يرمي

---

(1) ـ عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد ط 1 دار احياء التراث العربي ف 105

(2) ـ المادة 103 من القانون التجاري الفرنسي

الى الاعفاء عن الأخطاء العمدية أو الجسيمة ، ومن جهة أخرى فان عدم التوازن الموجود بين المتعاقدين، وخصوصا بين الشركات الكبرى وعملائها ، قد زال في الوقت الحاضر ، بتكوين النقابات العمالية التي أصبحت تقف في وجه أطماع الرأسماليين ووضع قيود لها ،كما أنها تسعى دوما الى اقامة التوازن بين طبقة العمال وأرباب العمل ،الأمر الذي يقلل من تدخله لاقامة العدل والتوازن بين الأطراف المتعاقدة .

بالنسبة للتساؤل الثاني،المتمثل في سبب اباحة شرط الاهمال بصورة مطلقة — فنقول :أن القضاء الفرنسي لم يسلك هذا المسلك الا مضطرا، فهو يرى أن أغلب التشريعات الأجنبية تجيز مثل هذا الشرط وتجعله يعفي الناقل من المسؤولية اعفاء كليا ، فهو لو تبنى موقفا مغايرا لها لساهم في جعل مستوى التجارة الخارجية الفرنسية في مستوى أدنى من مستوى تجارة الدول الأخرى، ذلك أن الناقلين البحريين في فرنسا لما يروا أنهم مسؤولون عن أخطاء تابعيهم البحريين فانهم يحجمون عن القيام بمبادرات تجارية تعود بالفائدة على بلدهم، خوفا من تحمل مسؤولية لا طاقة لهم بها (1) .

هذا بالنسبة للمجتمعات التي تسود فيها الروح الفردية، فماذا عن الشرط في المجتمعات ذات الاتجاه الاشتراكي، أو الجماعي، كالجزائر مثلا .

ان الخطورة التي تحدثنا عنها والتي تتمثل في انعدام التوازن بين مركز الدائن، ومركز المدين، ومن ثم الخوف من أن يملي الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف ،لا يظهر لها أثرا كبيرا مثل ذلك الأثر الواضح والبارز في المجتمعات الرأسمالية على النحو الذي ذكرنا ،ذلك أن المرافق الحيوية والضرورية للأفراد

---

(1) — مازو وتنك : المسؤولية المدنية ج 3 ف 2551

هي في أيدي الدولة ،وهذه الأخيرة هي في خدمة الشعب ،وبالتالي لا يتصور أن تضع للجمهور المتعامل معها شروطا مجحفة بحقهم .

فهذا السبب في اعتقادي هو الذي حدا بالمشرع الجزائري الى الحكم بصحة الشرط بالنسبة لسائر الأخطاء الشخصية اليسيرة،وعن كل أخطاء التابعين بما في ذلك الأخطاء العمدية والأخطاء الجسيمة (1) .

وأرى أنه كان على المشرع الجزائري تمشيا مع الاتجاه السياسي والاجتماعي للبلاد أن يعامل أخطاء التابعين معاملة الأخطاء الشخصية اليسيرة؛ سواء بسواء، في كل الحالات باستثناء تلك التي وردت بشأنها نصوص تشريعية خاصة خرجت بها عن القاعدة العامة المقررة في المادة 178 من القانون المدني الجزائري .

وهذا الموقف في نظري يعتبر أكبر ضمان لاقامة التوازن بين الأطراف المتعاقدة؛ وحتى يسهر المستفيد من الشرط ويبذل كل جهده في مراقبة تابعيه فلا يتركهم يرتكبون أخطاء جسيمة أو عمدية ترتب مسؤوليته .

وهكذا نرى، أن الاتجاه الأيديولوجي والسياسي للبلاد، وكذلك اعتبارات العدالة، لهما تأثيرهما الخاص على موقف كل من القضاء والتشريع من شرط الاعفاء من المسؤولية .

(1) _ المادة 178 من القانون المدني الجزائري

قائمة مراجع هـذا البحـث

أولا : المراجع العربية :

I ـ المراجع العامة :

1 ـ ادوار عيد :

العقود التجارية وعمليات المصارف 1968 بيروت مطبعة النجوى

2 ـ أكثم أمين الخولي :

العقود التجارية ط 1 القاهرة 1957 مطبعة نهضة مصر

3 ـ جورج سيوفي :

النظرية العامة للموجبات والعقود ج 1 بيروت 1960

4 ـ زهدى يكن :

المسؤولية المدنية أو الأعمال الغير المباحة ط1 بيروت ، منشورات المكتبة العصرية

5 ـ سليمان مرقس :

المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ط 1971

6 ـ سميحة القيلوبي :

موجز القانون البحري ط 1 مكتبة القاهرة الحديثة 1969

7 ـ السنهوري عبد الرزاق :

أ ـ الموجز في النظرية العامة للالتزامات ط 1

ب ـ الوسيط في القانون المدني ، مصادر الالتزام ج 1 ط 2 دار النهضة العربية القاهرة

ج ـ شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد

8 ـ علي حسن يونس :

أ ـ المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، ط 1 مكتبة القاهرة الجديدة

ب ـ العقود التجارية 1969 دار الفكر العربي

ج ـ عقد النقل 1965

9 ـ علي جمال الدين عوض :

الوسيط في القانون التجاري 1972

10 ـ مصطفى كمال طه :

أ ـ الوجيز في القانون التجاري ط 1 ، 1974

ب ـ الوجيز في القانون البحري 1971 المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية

11 ـ وحيد الدين سوار :

مصادر الالتزام ج 1 ط 2 المطبعة الجديدة دمشق 1977/ 1978

12 ـ يوسف نجم جبران :

النظرية العامة للموجبات والعقود ، ديوان المطبوعات الجامعية 1978

II ـ المراجع الخاصة :

1 ـ ابراهيم الدسوقي محمود :

تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، مطابع رمسيس الاسكندرية ط 1

2 ـ ابراهيم مكي ابراهيم :

دعوى المسؤولية على النقل البحري ، رسالة القاهرة 1973

3 ـ توفيق حسن فرج :

عقد البيع والمقايضة : 1979

4 _ ثروت أنيس السيوطي :

مسوءولية الناقل الجوي في القانون المقارن

_ زكي محمود جمال الدين :

مشكلات المسوءولية المدنية القاهرة مطبعة الجامعة 1978

6 _ سمير عبد السيد تناغو :

عقد البيع 1973 ، الناشر منشأه المعارف

7 _ السنهوري عبد الرزاق :

الوسيط في القانون المدني ، عقد البيع ج 4 ط 2

القاهرة دار النهضة العربية

8 _ محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل :

شرح أحكام عقد البيع 1968 القاهرة دار النهضة العربية

9 _ مصطفى الزرقاء :

شرح القانون المدني السوري ، عقد البيع والمقايضة ط 6

دمشق .

ثانيا : المراجع الفرنسية :

I - OUVRAGES

A - OUVRAGES GENERAUX

1 - CARBONNIER (Jean)

Droit civil tome 2 1972

2 - COLIN (Ambroise), CAPITANT (Henri)

Traité de droit civil tome 2 Dabboz 1950 1959

3 - DEMOGUE 5 (René)

Traité des obligations en général Paris Rousseau

4 - LALOU 5 (Henri)

Traité de responsabilité civile 5e ed librairie Dalloz

5 - LE TOURNEAU (Philippe)

Responsabilité civile 2e ed 1976 Dalloz

6 - MARTY (Gabriel) RAYNAUD (Pierre)

Droit civil 1962 tome 2 Paris sirey

7 - MAZEAUD (Henri) T U N C (André)

Traité théorique de responsabilité civile. contractuelle et délictuelle t 3,5, ed:1965

8 - MAZEAUD (Henri, léon)

Droit civil - obligations

9 - PLANIOL (Marcel), RIPERT (Georges)

a - Traité pratique de droit civil français
t 6 et 7 2e ed 1952

b)- Traité pratique de droit civil t XI
par A. ROUAST 1954

10 - RODIERE -René)

Cours de droit civil de Beudant 1952

11 - SAVATIER (René)

Traité de la respobsabilité civile en
droit français 2 ed 1951 Paris

12 - SOURDAT (A)

Responsabilité civile 6 ed

13 - STRACK (Borris)

Droit civil (obligations 1972)

librairie technique

14 - WEILL (Alex)

Obligation 3e ed Dalloz 1980

B - OUVRAGES SPECIAUX

1 - EDMOND - NOEL

L'option entre la responsabilité contractuelle
[illegible] et la responsabilité délictuelle
éditée en 1957 thèse bibliotheque de droit
prévé

2 - GRAND MOULIN

Nature délictuelle de la reponsabilité
thesé 1892

3 - LUREAU (Daniel)

La responsabilité du transporteur aérien
lois et conventions de varsoire 1961
Paris L.G.D.T.

4 - MUZUACHI (Abel-Salem)

Le declin des clauses d'exoneration de responsabilité sous l'influance de l'ordre public nouveau thèse Paris 1981

II - ARTICLES et NOTES

1 - CHABAS (François)

- Responsabilité contractuelle

- Clauses limitatives de responsabilité

- Clauses d'irresponsabilité

Juris classeur civil (art. 1146 - 1155) fase IX

2 - CHAUVEAU

- Note sous cass civil 3 Juin 1970 D 1971 - - 373

3 - CAPITANT (Henri)

Note dalloz 1928 - 1 - 25

3 - ESMEIN (Paul)

Clauses de non-reponsabilité revue trimestrielle de droit civil 1926

4 - JOSSERAND (Louis)

- Note sous cass; civil 29 Mars 1927 D 1927 - 1 - 137

- Note sous cass; civil 29 Juillet 1932 - 1 - 49

5 - LAMBERT - FAIBRE

Transport gratuit D 1969 Doctrine P 81 et S

7 - MIMIN

Note sous cass.civil 2 Août 1950
D 1951 - 581

8 - RICOL

Note sous grenoble 15 Nov. 1925 D 1926
- 2 - 121

9 - ROGER (Argentin)

Note sous cass.civil 18 Juillet 1934 D
1935 - 1 - 38

10 - ROBINO (pierre)

Clauses de non-responsabilité, revue
trimestrielle de droit civil 1951

11 - ROBLOT (René)

De la faute lourde en droit privé français
revue trimestrielle de droit civil 1943
P 17.S.

12 - LALOU (Henri)

La gamme des fautes

Dalloz, Hebdomadaire 1940, chronique

13 - SARUT

Note Dalloz 1980 - 1 - 209

III - JURISPRUDENCE FRANCAISE

1 - Cass 4 Juill 1838 S 1838 - 1 - 726

2 - Cass 2 Juill 1851 D 1851 - 1 - 305

3 - Cass 26 Juin 1859 D 1859 - 1 - 66

4 - Cass 24 Avr. 1865 S 1965 - 1 - 215

5 - Cass 4 Fev. 1874 D 1874 - 1 - 305

6 - Cass 18 Juill 1974 D 1876 - 5 - 84

7 - Cass 18 Juin 1879 S 1879 - 1 - 449

8 - Req Civ 8 Dec 1880 D 1881 - 1 - 351

9 - Cass 21 Juill 1888 S 1888 - 1 - 820

10 - Cass 12 Dec 1899 S 1901 - 1 - 497

11 - Cass 27 Dec 1905 S 1906 - 1 - 286

12 - Req Comm 27 nov 1911 S 1915 - 1 - 113

13 - Cass 27 Janvier 1913 D 1913 - 1 - 249

14 - Lyon 27 Juin 1913 D 1914 - 2 - 2 - 73

15 - BORDEAUX 22 Dec 1913 G.P. 1914 - 1 - 212

16 - Cass 9 Nov 1915 D 1921 - 1 - 23

17 - Req 18 Juin 1918 revue internationale de droit maritime XXXI 173

18 - Cass 18 fev 1919 S 1920 -1 - 21

19 - Cass 5 Juill 1920 D 1920 - 1 - 181

20 - Cass 15 Mai 1923 D 1925 - 1 - 15

21 - Cass 19 Nov 1923 G.P. 1924 - 119

22 - Cass 29 Fev 1924 D 1924 - 186

23 - Cour d'appel Caen 26 Nov 1924 - D 1926 - 2 - 121

24 - Grenoble 15 Nov 1925 D 1926 - 2 - 121

25 - Marseille 30 Mai 1927 G.P 1927 - 2 - 303

26 - DIJON 14 Juill 1927 G P 1927 - 2 - 500

27 - Cass 10 Janv 1928 G.P. 1928 - 1 - 530

28 - Cass 24 Avril 1928 G.P 1928 - 2 - 214

29 - Cass 11 Juill 1928 G.P. 1928 - 2 - 303

30 - Dijon 9 Oct 1928 G.P. 1928 - 2 - 885

31 - AIX 3 Nov 1928 G.P. 1928 - 2 - 957

32 - Dijon 2 Mai 1929 G.P. 1929 - 2 - 60

33 - Cass 12 Mai 1930 D 1930 - 345

34 - Cass 16 Nov 1931 D 1931 555

35 - Cass 3 Mai 1932 G.P. 1932 - 2 - 192

36 - Cass 29 Juill 1932 D 1933 - 1 - 49

37 - Cass 3 Août 1932 D 1933 - 1 - 49

38 - Cass 3 Janv 1933 D 1933 - 113

39 - Cass 18 Janv 1933 D 1933 - 115

40 - Cass 21 Mars 1933 D 193 - 1 - 190

41 - Cass 18 Juill 1934 D 1935 - 1 - 38

42 - TOULOUSE 23 Oct 1934 D 1935 - 2 - 49

43 - Cass 27 Nov 1934 G.P. 1935 - 1 - 6

44 - Cass 30 Dec 1936 D 1937 - 205

45 - Cass 18 Janv 1937 D 1937 - 113

46 - Cass 21 Juin 1937 D 1938 - 1 - 28

47 - DURCKEST 10 Nov 1937 G.P 1937 - 2 - 881

48 - Cass 31 Mars 1938 S 1938 - 1 - 349

49 - COLMAR 5 Avril 1938 G.P. 1938 - 2 34

50 - Cass 31 Mai 1938 G.P. 1938 - 2 - 473

51 - Cass 15 Oct 1940 G.P. 1940 - 2 - 278

52 - Lyon 4 Juin 1945 G.P. 1945 - 2 - 75

53 - Cass 3 Août 1948 G.P. 1948 - 2 - 220

54 - Cass 8 Nov 1948 D 1948 535

55 - Cass 15 Juill 1949 Sem jur 1949 II 5181

56 - Cass 25 Nov 1949 S 1950 - 1 - 20

57 - Cass 2 Août 1950 D 1951 581

58 - Paris 8 Nov 1951 revue général de droit aérien p 433

59 - CAEN 11 Dec 1952 D 1953 - 317

60 - SEINE 12 Janv 1954 revue française de droit aérien 1954 p 79 - 82

61 - Cass 17 fev 1955 D 1956 - 17

62 - Cass 6 juill 1955 G.P 1955 - 253

63 - Seine 23 fev 1956 revue général de droit aérien p 324

64 - Marseille 4 Janv 1957 revue maritime française 1958 - 42

65 - Cass 15 Juin 1959 D 1960 97

66 - Cass 5 Janv 1961 D 1961 - 341

67 - Cass 17 Juill 1962 - 1 - 534

68 - Cass 28 Nov 1962 D 1963 - 465

69 - Cass 10 fevr 1966 G.P. Table 1966 - 1970

70 - Cass 26 Juin 1972 D 1972 - 603

71 - Cass Civ 2 Avril 1978 - 1 - 479

فهرس تحليلي لمحتويات البحث